عقد الإيجار الإداري

تأليف

المحامي الدكتور

برهان زريق

المكتبة القانونية



عقد

الإيجار الإداري

تأليف
المحامي الدكتور
برهان زريق

المكتبة القانونية

الناشر

المكتبة القانونية

دمشق ـ حرستا ـ الشارع العام

ص.ب: ٥٧ هاتف ٥٣١٢١٢٠- فاكس ٥٣٢٤٢٨٣

الطبعة الأولى

٢٠٠٢م

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد

كنت قد ألفت مصنفاً عالجت فيه جميع الجوانب المتعلقة بالرخصة الإدارية، كما تلمست الروح العملية لهذه الظاهرة متمثلة بالتطبيق القضائي لها، كل ذلك على ضوء القانون الوضعي في فرنسا ومصر وسوريا.

ولقد لاحظت من خلال معانقتي للموضوع، وتعاملي معه واحتكاكي بمواضيعه مدى التداخل العميق بين تلك الظاهرة، وبين عقد الإيجار الإداري، تداخلاً يورث الاشتباه، ويوقع بالاختلاط، ويكسب الاضطراب والقلق عند تحديد ماهية الظاهرتين وطبيعتهما الذاتية وآلية عملهما، وهذا ما نهض بي وحفز بهمتي إلى المحاجزة العلمية الدقيقة بين الظاهرتين والفصل الحاسم الجذري بينهما، فصلاً لا يتأتى من خلال الاكتفاء بدراسة النظرية العامة للرخصة الإدارية، ولا يؤدي أكله وثماره اليانعة والمرجوة إلاّ من خلال تخصيص بحث مستقل وقائم بذاته لعقد الإيجار الإداري.

هذا هو أحد منطلقات الموضوع ودوافعه البعيدة والعميقة، وإن كنا لا نعدم أو نفتقر إلى أسباب أخرى، أولها أن عقد الإيجار الإداري من النظريات المغمورة، التي لم يوفر لها الحظ الوافي، وتحشد لها الجهود اللازمة لدى جمهرة الفقه من أجل بلورة معالمها، هذا فضلاً عن أن النظرية القضائية سواء في فرنسا أم في مصر وسوريا، لم تكن أوفر حظاً من الفقه بسبب شح المواضيع المطروحة، الأمر الذي يتعذر معه الركون إلى تأصيل حقيقي، أحاط بمبادرات الظاهرة وجوانبها المختلفة، هذا فضلاً عن أن القضاء – وإن انطوى على أحكام ذات مبدأ acte de principe يقتصر على الإفصاح عن الإرادة في مواجهة خصوصية معينة acte particulier، وهو أمر أدخل ما يكون بدائرة الآثار، وأبعد

ما يكون عن لغة التقعيد والتعميم والتبويب والتصنيف والتقسيم وتبيان الشـــروط والأركان، مما تتصف وتضطلع به النظريات العامة.

زد على ذلك، فالقانون رقم ١٠٦ الصادر في ١٩٥٨/٧/٣٠- وما أبعـد القوانين الوضعية عن روح العلم - رأي أنه من الجدوى تنظيـم ذلـك العقـد، واعتباره عقداً مسمى دون تركه لمظان النظرية العامة للفقـه حيث تسـود روح ((تقول ونقول)) دون شقشقة لسان وتباين آراء.

لذلك فقد انبرى لتقنين الظاهرة المذكورة وضبط مقوماتها ومعالمها، ولكنه في هذا المضمار ركب متن الغموض، إن لم نقل متن التقصير والشطط والابتعاد عن روح العلم.

وبيان ذلك أن القانون، آنف الذكر، أطلق على الأداة القانونية الواردة فـي الفقرة الأولى منه، أطلق عليها تسمية تراخيص صادرة عن الجهات الإدارية.

ومما لا شك فيه أن هذا التعبير يوقع في الإشكاليات الآتية:

١- لقد نظم النص المذكور الآلية القانونية المتعلقة باستثمار الأمـوال المملوكـة للدولة والبلديات والمؤسسات العامة والتي أنشئت بداءة لتقوم بخدمة لها صفة النفع العام.

وبالطبع فقد أمسك هذا النص - في دائرة تنظيمه - عـــن إيـراد الأمـوال الأخرى العائدة للدولة والتي تحقق النفع العام، ولكن لم تنشأ بداءة من أجـــل هذا التحقيق، ويدخل في ذلك - بالطبع - الأموال العامة بطبيعتها الذاتيـــة، فهذه الأموال لم تهيأ بفعل بشري حدثي لتأدية النفع العام، بـل إنـها مـهيأة بخصائصها المركوزة فيها من أجل هذه الغاية.

وهكذا ينتصب أمامنا سؤال شاهق عن حكم تلك الأموال العامـــة التـي لـم يتناولها بالتنظيم نص القانون رقم ١٠٦، لا سيما بعد هذا التوســـع لمفـهوم الأموال العامة بعد صدور القانون المذكورة وتضخم كتلة هذه الأموال، بفعل

بزوغ الدولة الحانية L'Eta - Providence (التدخلية) في سوريا عمقاً ومسطحاً.

والسؤال المطروح بكثافة هو: هل ترك النص تلك الأموال لعمل الفقه واطراد القضاء أم أن ذلك التحديد والضبط أدخل بالتفسير الموسع - Lato Sensu لنص القانون رقم ١٠٦، ومن ثم يصح الحديث عن نظرية قانونية لعقد الإيجار الإداري، مستقلة عن النظرية القضائية وعن النظرية الفقهية، وهذا ما يحدونا إلى تمزيق أوصال النظرية، والتعامل معها من زوايا مختلفة في حين أنها موحدة في الماهية والجوهر.

٢- إن النص التشريعي كثيراً ما يتجنب استحداث ألفاظ وتعابير وضعية ((أجهزة مفاهيمية – مصطلحات))، بل يعول على الأجهزة والمفاهيم السائدة في الفضاء القانوني والثقافي، وهذه هي حافات النص Circonestanses، تلك الحقيقة الفذة التي توصل إليها في ذروة نضجة علم الألسنيات، ونقصد بتلك الحافات جميع العوامل التي تؤطر للنص وتحيط به Synschronique، وتمثل المشروطية الاجتماعية والثقافية، وغير ذلك من الأمور التي أبدعته وساهمت في إبرازه إلى حيز الوجود.

وحقيقة الأمر أننا لو رجعنا إلى كتب الفقه المصري[1] نجد أن كلمة ترخيص تعني المكنة Facutlé، وبالطبع فأداة ذلك على صعيد التصرفات الفردية

---

[1] د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، ط٨، ٩٦٦، القاهرة، دار الفكر العربي– ص ٨٢٨، وقد استعمل التعبير الفرنسي autorisation contractuelle مقابل التراخيص التي هي القرار. وانظر د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، ٩٧٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٧١٦، وفي صدد كلامه عن استعمال المال العام إشارة إلى الترخيص المتسم بطابع القرار والتراخيص المتسمة بطابع العقد - وانظر د. فؤاد العطار، القانون الإداري، ط٣، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٥٥٦، وقد تكلم عن التراخيص الإدارية وقال إنها تصدر فى صيغة العقد وصيغة القرار - وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، السنة ٧، رقم ٨٤ – ص ٨٩، وقد اعتبرت عقداً إداريا الترخيص بتخصيص جزء من المال العام للانتفاع الخاص لأحد الأفراد مقابل مبلغ معين وبشروط معينة.

acte particulier، القرار أو العقد، ولا عجب بالتالي أن يكون القانون رقم ١٠٦، تعامل مع هذا القضاء الفقهي السائد ((بالطبع فقد صدر القانون المذكور في حقبة الوحدة بين الشقيقتين سوريا ومصر)).

والدليل على ذلك أن القانون لا يعدو أن يكون سياجاً يحيط بعين الاعتبار والحماية بظاهرة من الظواهر، ولكن هذا السياج لا يتعدى التصور وإنجاز المعنى والمضمون العام دون العملية التطبيقية والتقنية الصياغية التي ينجزها القضاء على هدى الواقع وروحه وشجرته الخضراء.

ولنا أن نتساءل أليس من دواعي العنت والابتسار أن يحدد القانون للإدارة آلية تعاملها مع أنشطة أموالها والتصرفات التي تنشؤها من أجل ذلك عقداً كان الأمر أم قراراً ؟؟.... .

أليس في ذلك إيهاظ للإدارة إيهاظاً يثقل كاهلها بالأكبال والأغلاق، وفي الوقت نفسه إبعاد لها عن الاضطلاع بمهامها الحية الفعالة.

إن علم الإدارة العامة – ومناطه تحقيق فعالية الإدارة – يجهد لتحديد المظان التي يجب أن تعطى فيها الإدارة سلطة تقديرية أو سلطة مقيدة، والاتجاه الغالب على صعيد هذا العلم إعطاء الإدارة السعة والمرونة كي تتمكن من مواجهة ظروف المرفق كثيرة التطور والتغيّر.

إذن فهل ابتعد ذلك القانون عن روح الإدارة العامة وتصدى لأمور لا تعنيه، وانبرى لتقييد إرادة الإدارة في شكل معين من أشكال التصرف، ألا وهو القرار الإداري في حين أن طبيعة تلك الأموال المنوه بها في المادة الأولى من القانون رقم ١٠٦، قد تسمح بإبرام عقود إدارية لا تتعارض مع الحماية التي قررتها تلك المادة.

استناداً إلى ما تقدم فالقانون رقم ١٠٦، قصد من عبارة ((تراخيص صادرة عن الجهات الإدارية)) إعطاء السمة أو الطبيعة الإدارية – ليس إلاّ –

لتلك التصرفات التي تصدرها الإدارة دون أن يعني ذلك حصرها في نوع واحد من التصرفات.

إضافة لكل ما ذكرناه فالقانون رقم ١٠٦، أطلق على تلك التصرفات اسم عقد الاستثمار مع العلم أنه ليس في كتب فقه الشريعة الإسلامية أو في أدبيات الفقه العام ما يسمى عقد استثمار، بل هنالك عقد الإيجار الذي ينظم الانتفاع بالشيء، (٥٥٨ مدني سوري)، ومن ثم فالمادة الأولى من القانون رقم ١٠٦ لم تكن لتقصد أكثر من تنظيم هذا الانتفاع، وإضفاء الحماية عليه، إذن لماذا التزيد على الأشياء وتسميتها بغير مسمياتها.

هذا ومن المتيقن حقاً أن القانون رقم ١٠٦، ركب متن الخطأ بصورة بادية للعيان عندما اعتبر التصرفات المنوه بها في المادة الأولى عقود استثمار، ثم نهض في الجملة الثانية من المادة الأولى ليصف هذه العقود بأنها تراخيص صادرة عن الإدارة.

والسؤال الواجب طرحه هو: هل أن التراخيص تعني هنا حصراً العقود، وبذلك تخرج القرارات من هذه الساحة ؟؟ ...

لا أحد يعتقد ذلك، لأنه من باب أولى أن يكون للقرارات دور فاعل في هذا المجال.

وإذا كان ذلك شأن القانون رقم ١٠٦، فالقضية تبدو أكثر غموضاً وارتباكاً للمرسوم التشريعي رقم ٢٠ تاريخ ١٩٤٦/٨/٦ الخاص باستثمار عقارات الخط الحديدي الحجازي، فقد وقف هذا المرسوم موقف السلب باستثنائه عقارات الخط الحديدي من الخضوع لقانون الإيجار دون أن يحدد المقصود من تلك العقارات، وهل تشمل الأموال الخاصة أم لا، ومن ثم قيل قصد من هذا العموم إحالة الأمر إلى النظريات الفقهية وإلى طبائع الأشياء بالنسبة للموضوع.

ونخلص من كل ما تقدم إلى القول بأن القانون رقم ١٠٦ لم يقصد سوى إعطاء السمة الإدارية للتصرفات القانونية التي يمكن أن تنشأ في ظل المادة منه حماية لمقتضيات المرفق العام، وأنه نظم جانباً من نشاط الإدارة ليس إلاّ، وترك الأمر على عواهنه للفقه والقضاء فيما يتعلق بالنشاط الآخر، والأمر نفسه بالنسبة للمرسوم التشريعي رقم ٢٠، فلم يكن القصد منه الخروج على طبائع الأشياء، وعلى الأسس التقنية والعلمية ضارباً الذكر صفحاً عن الطبيعة الإدارية لبعض التصرفات محاولاً ليّ عنقها وإخضاعها ابتساراً للقانون الإداري في حين أنها مدنية المحتد والمنبت.

هكذا تنهض الضرورة ملحة فقهاً وقضاءً لتتبع تضاريس نظرية عقد الإيجار الإداري ومتعرجاتها ومنعطفاتها، وهذه هي وجهة نظر ذلك البحث ومناطه وهدفه ومبتغاه، وإن كان لنا قبل نهاية هذه المقدمة أن نسجل الملاحظتين الآتيتين:

١) لقد وسمنا هذا البحث بعنوان عقد الإيجار الإداري قاصدين من ذلك الانتفاع بالشيء أي استعماله استعمالاً عادياً، حسبما أعد له بطبيعته، أو من قبل المالك كما نقصد من ذلك استغلاله استغلالاً استهلاكياً، كما هو الحال بالنسبة لاستغلال البحيرات لاستخراج السمك أو استغلال المناجم ((استنباط المعادن أو الملح أو استغلال موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور))[١].

---

[١] المحكمة الإدارية العليا في مصر وحكمها الصادر في ١٩٦١/٣/٣١، مجموعة السنة ٧ ص ٥٢٧، وقد اعتبرت عقداً إدارياً، عقد إيجار ملاحة بور فؤاد، والأمر نفسه بالنسبة لمحكمة التنازع الفرنسية الصادر في ١٩٥٠/٧/٢٧ في قضية Paudaboeuf المجموعة - ص ٥٠٥ فقد اعتبرت عقداً إدارياً عقد استغلال ... وهذا ما عرض له بالتفصيل الدكتور الطماوي بالنسبة لعقود استغلال الإسفنج وشؤون المحاجر وموارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور ((كتابه الأسس العامة للعقود الإدارية)) طبعة ١٩٦٥، دار الفكر العربي، القاهرة ص٩٩.

وهذا هو رأي الفقه في مصر وفرنسا، حيثُ أطلق عليها هذا الفقه الأخير تعبير Le contrato de location [1].

٢) توجد صور قانونية عامة مقرّرة في كافة التشريعات الحديثة، هذه الصور - بصرف النظر عن النظام القانوني الذي تنتمي إليه - تطبق على الحالات التي تتلاءم معها سواء أكانت تنضوي تحت لواء القانون الخاص أم القانون العام[2].

ويضرب الأستاذ ستاسينوبولس، أمثله لتوضيح رأيه هذا، فيذكر فكرة العقد وفكرة التقادم وفكرة الفعل غير المشروع، وغير ذلك.

ويضيف هذا الفقيه إلى قوله: " إن تطبيق هذه الأفكار في مجال القانون الإداري، إنما هو تطبيق لها في مجالها الخاص والنوعي والنابع من ماهية هذا القانون ".

ويترتب على ذلك نتيجة هامة هي أنه يمكن الرجوع إلى هذا الصرح الشاهق من الأحكام الواردة في دائرة القانون الخاص فيما يتعلق بعقد الإيجار الإدارية شريطة ألاّ يتعارض ذلك مع روابط القانون الإداري وأحكامه وأسسه ومنطلقاته.

وبمعنى أوضح فالأحكام التي ينظمها القانون المدني والمتعلقة بعقد الإيجار، إنما هي تعبير عن فكرة القانون في ذاته، وعن قواعد العدالة في خصائصها المركوزة وفي الوقت نفسه فهي تتفق مع قواعد المنطق المجرد ، وبذلك فإذا

---

[1] د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص ١٣٦.

[2] Stassconpoulos: Traité des actes administratifs, Athene, 1954. P.151.

استعان بها القانون الإداري، فإنما يستعين بذاته وآليات عمله، وبما يتفق مع سياقاته وروحه[1].

هذه هي أسباب البحث ومنطلقاته وبواعثه، وهي أسباب وبواعث حدتني لأن أجلي جوانبه، وأصوب مفاهيمه وأقوم اعوجاجه، وذلك هو مناطه ووجهته وطريقه .

هذا وقد قسمنا موضوعنا إلى فصلين، الفصل الأول (الفصل التمهيدي) وقد وسمناه بعنوان ((حافات عقد الإيجار الإداري)): Circonstances، حيث قسمناه إلى بعض الفروع مثل: أساس ومعيار القانون الإداري ثم تحديد الأموال العامة ونظامها القانوني وأخيراً النظام القانوني للاستعمال الخاص للمال العام.

وفي الفصل الثاني تكلمنا على مقومات عقد الإيجار الإداري حيث قسمناه إلى عدة فروع ثم قسمنا الفروع إلى مطالب، والمطالب إلى بنود، والله المستعان.

---

[1] مجموعة مجلس الدولة في مصر السنة ١١ ص ٢٧٦، وانظر د.مصطفى كامل إسماعيل: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة محاضرات ألقيت على طلبة دبلوم العلوم الإدارية لعام ١٩٦٨ - ١٩٦٩، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص٣.

الفصل الأول

(فصل تمهيدي)

فصل تمهيدي

حافات عقد الإيجار الإداري

مقدمة

هنالك - ولا شك - علاقة وشيجة بين المنهج والرؤية، إذ المنهج ينزل من الرؤية، منزلة الوسيلة من غايتها، أو المقدمة من نتيجتها، ذلك أن المنهج - وهو الطريق العلمي - يوصل الرؤية، ويبلور مقوماتها، والرؤية تحدد للمنهج دائرة عمله، انطلاقاً من طبائع الأشياء والنسب المركوزة في الحقيقة لا المنهج ينبغي له أن يسبق الرؤية، ولا الرؤية ينبغي لها أن تسبق المنهج، وكل في فلك يسبحون.

وفي نظرنا إن أي بحث مؤصل يتناول موضوعاً ((عقد الإيجار الإداري))، إنما يجب أن يرهص له بمدخل طبيعي، أو لنقل بوحدات وآليات للتحليل، أي بنماذج ومساطر يقاس عليها موضوعنا المذكور.

وبيان ذلك أن عقد الإيجار الإداري هو عقد يتصل بأموال الدولة العامة، وهكذا ترتبط العلة بالمعول، والمقدمة بالنتيجة، ويصبح التساؤل، كيف بإمكاننا الحديث عن هذا العقد قبل أن نقوم بضبط وتحديد مادته ومحله، ألا وهي الأموال العامة.

على هذا الأساس فالإرهاصات التي سنعتمدها مدخلاً للموضوع هي:

- تحديد الأموال العامة.
- معيار النظام القانوني للاستعمال الخاص للمال العام.
- هل تظهر العقود الإدارية في مجال أموال الدولة الخاصة.
- أساس ومعيار القانون الإداري.

الفرع الأول

أساس ومعيار القانون الإداري

لقد سار أساس القانون الإداري في منعطفات ومعرجات قاسية وشاقة، ووضع لبلورات متعددة، وتلقفته أقلام جادة لأكثر من ذروة من ذروات الفقه، وإن كان المقام لا يسمح إلاّ بمقاربة بسيطة لبعض آراء الفقهاء الأباء، أمثال مارسيل ڤالين وجورج فيدل وجان ريفيرو وجان لوي دي كوراي، على أن نردف ذلك برأينا الخاص.

المطلب الأول

رأي مارسيل ڤالين

يرى الأستاذ مارسيل أن الفكرة المفتاح الأم Notcon - cley في القانون الإداري هي فكرة النفع العام، وما المرفق العام سوى إحدى الوسائل الفنية المخصصة لخدمة هذه الفكرة[1].

وبالطبع لا يمكن التسليم بهذا الأساس الفني للقانون الإداري لسبب بسيط هو أن الإدارة – وبدافع من النفع العام – قد تجد من المناسب لمصلحة المرفق أن تلجأ إلى وسائل القانون الخاص، وليس إلى العقد الإداري، في تعاقدها مع الأفراد.

---

[1] كتابه القانون الإداري، باريس، ط٦، ص٣٠٧.

والسؤال المطروح هو: ألا ترى الإدارة أن المنفعة العامة تكون أكثر تحققاً، وأيسر توافراً في العقد الخاص منها في العقد الإداري.

ولنا أن نتساءل مرة أخرى، أليست المرافق العامة الصناعية والتجارية تحقق النفع العام، مع أن الإدارة تلجأ في إدارتها إلى أساليب القانون الخاص ؟؟

إن أية وجهة للإدارة إنما تستهدف الصالح العام، وهذا الصالح يؤسس كافة تصرفات الإدارة ويسربلها، إذن فما هذا التقسيم والفصل في نشاط الإدارة بين نشاط ينتمي إلى فرع قانوني معين ونشاط ينتمي إلى فرع آخر.

زد على ذلك فالأفراد العاديون قد يعملون لتحقيق النفع العام عن طريق المؤسسة ذات النفع العام etablissement de utilite publique، فلماذا إذن تخضع هذه المؤسسة للقانون الخاص مع أنها تحقق النفع العام ؟؟.

هذا الاضطراب والقلق في تداعيات هذا المعيار وحلوله المعطاة، أظهرت قصوره وعجزه في تأسيس القانون الإداري، الأمر الذي حدا فالين نفسه إلى هجره والتخلي عنه[1].

---

[1] د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط٤ ،١٩٧٩، ص ٧٠١.

المطلب الثاني

رأي جورج فيدل

لقد حاول هذا الفقيه إشادة القانون الإداري وتحديد مجالاته ونطاقه على أساس معيار السلطة العامة، وهذا يعني أن قواعد القانون الإداري تتميّز عن قواعد القانون الخاص بما تمنحه للإدارة في مواجهة الأفراد من امتيازات استثنائية، ليس لها نظير في علاقات الأفراد فيما بينهم[1].

على ضوء ذلك انبرى فيدل مدلّلاً برأيه من خلال بعض الأمثلة، مثل نظرية القرار الإداري، ونظرية العقد الاداري ونظرية الضبط الاداري، ونظرية الأموال العامة، وغير ذلك.

وبالطبع فالنظرة السابقة تعطي الإدارة، السعة والحركة، ولكن ما الأمر بالنسبة للحالات التي تضع القيود والأبهاظ على الإدارة مثل إلزامها بأن تلجأ إلى المناقصات من أجل التعاقد مع الأفراد، ثم إلزامها باللجوء إلى المسابقات لاختيار العاملين لديها، وغير ذلك.

---

(1) د. أبو زيد فهمي: المرجع السابق، ص ٧٠٢.

المطلب الثالث

رأي جان ريفيرو

يرى هذا الفقيه أن القانون الإداري يقوم في الوقت نفسه علــى الأهــداف والوسائل، فالأهداف هي المنفعة العامة التي تستهدف التحقيـــق فــي حيــن أن الوسائل هي الطرق التي تضع الإدارة في مراكز مغايرة لمراكز الأفراد العاديين عن طريق إعطائها مزيداً enplus من الحرية والسعة أو تقييـد حركتــها enless بمزيد من القيود، وهذا ما يطلق عليه بأساليب القانون العام.

المطلب الرّابع

رأي الأستاذ دي كوريل

يتلخص رأي هذا الفقيه بضرورة اللجوء إلى التحليل القانوني لكل تصرف قانوني على حدته، وبالتالي فالذي يحدد لنا في كل مرة أننا في نطاق القانون الإداري أم في نطاق القانون الخاص، إنما هو مسلوك العضو الإداري مصدر القرار، هذا السلوك الذي تكشف عنه وسيلة القانون المستعجلة، وهل هي من وسائل القانون العام أم من وسائل القانون الخاص.

إذن فالأستاذ دي كوريل ينكر كل أثر لفكرة المرفق العام، ويعطي الأهمية لفكرتي المركز القانوني ووسائل القانون المستعملة، واستناداً إلى ذلك يكفي في العقد الإداري أن تستخدم الشروط الاستثنائية حتى يكون إدارياً دون شروط أخرى، والأمر نفسه بالنسبة للقرار الإداري، وفي النتيجة فالذي يخلع على التصرف السمة الإدارية هو ما يوجد فيه من سمات وآثار السلطة العامة أو وسائل القانون المستخدمة، ولو لم تكن قد ارتبطت بتنظيم إدارة المرفق العام[1].

---

[1] د. مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص ٧٠٦.

المطلب الخامس

الوضع السليم لمسألة أساس القانون الإداري ومعياره

وفي هذا الصدد نسجل الملاحظات الآتية:

١-إن معيار المرفق العام لازم ولكنه ليس بكاف، إذ لا يزال هذا المرفق يتمتع بدور هام في بناء أكثر من نظرية من نظريات القانون الإداري، ولكن هذا المعيار - منفرداً - أكبر من اللازم Trop large، إذ أننا نتلمس في إطاره بعض الأنشطة غير المحكومة بالقانون الإداري ((المرافق العامة الصناعية والتجارية))، هذا فضلاً عن أنه - في أحيان أخرى - أضيق من اللازم trop etroit، إذ أن هنالك أنشطة غير مرفقية تخضع للقانون الإداري، كما هو الحال في الأموال العامة، أو في نشاط المؤسسات الخاصة ذات النفع العام.

ومع ذلك، فلا تزال أفضال المرفق العام قائمة تؤتي أكلها، ولا يزال يضج بالفاعلية في إنتاج أحكام القانون الإداري، ومع ذلك فإذا كان المرفق العام كفكرة فنية وصياغية لازمة لإشادة القانون الإداري، فهو غير كاف للإحاطة بكافة مبادرات وتضاريس هذا القانون.

لهذا السبب، فإننا نرى أن المعيار المقترح لتأسيس القانون الإداري وصياغة نظرياته ومبادئه وأصوله، إن هو إلا معيار مركب يجمع بين الأهداف والوسائل، المرفق كانطلاق والأساليب كسبيل وطريق ونهج، وهكذا فقد تم التمييز بين نشاط المرفق العام والنشاط الخاص للإدارة، فالأول وحده هو الذي يمكن أن يخضع لقواعد القانون الإداري،

نقـول يمكـن ولا نقول يجب ونحتـم لأن وجود المرفـق العام فـي ذاتـه لا يعتبر شرطاً كافياً، إذ يمكن للإدارة في أدائها لنشاطه أن تلجـأ إلـى وسـائل القانون الخاص إذا ما رأت أن تـلك الوسائل أكثر منفعـة ومواءمـة لإدارة المرفق العام.

وبالطبع فالمرفق يفهم هنا على أساس المفهوم المادي لا العضوي، إذ هو نشاط لهيئة عامة يهدف إلى إشباع حاجة عامة.

واستناداً إلى هذا المعيار المادي فقد اعتبر الضبط الإداري مـرفقاً عاماً ((حاجة الأمن والسكينـة))، وبالطبع فوجـود المرفق العام في ذاتـه لا يكفي، بل يجـب أن يـدار إدارة عامـة gestion publique، وليـس إدارة خاصة gestion privé، حيث تستعين الإدارة في إدارتهـا العامـة بوسـائل القانون العام.

وأساليب الإدارة العامة تعني أحياناً التوسعة en plus كما تعني في الوقت ذاته التضييق en less على الإدارة، خلافاً للمعيار القديم المهجور الذي يميز بين أعمال السلطة العامة وأعمال الإدارة المالية، ذلك المعيار الذي ساد قبل ظـهور مدرسة المرفق العام.

واستناداً إلى ما تقدم، فهذا لا يعني أن نطبق بالضرورة على كل مرفـق الأساليب نفسها، أساليب القانون العام أم الخاص، بل من الممكن أن نطبق علـى جزء من نشاط المرفق العام هـذا الأسلوب، وعلى الجـزء الآخـر الأسـلوب المغاير، أي نخضع المرفق العـام في بعـض أجزاء نشاطه للقانون الخـاص، على أن تخضع الأجزاء الأخرى للقانون العام.

وبيان ذلك أن الإدارة قد ترى أن استخدام وسائل القانون الخـاص فـي بعض المرافق أكثر ملاءمة بطبيعتها وادعى لحسـن سيرها، والعكـس هـو الصحيح.

هكذا اطرد القضاء الإداري، على أن المرافق العامة التجارية والصناعية تخضع بالأساس لقواعد القانون الخاص، وإن كان يحق للإدارة أن تلجأ إلى وسائل القانون العام[1].

وفضلاً عن ذلك فالقرينة يمكن إعمالها من زاوية أخرى هي أنه حيث يعهد نشاط لشخص عام، فإن ذلك يقيم قرينة على ارتفاعه إلى مستوى المرفق العام، وعلى النقيض من ذلك فلا يقوم المرفق العام حيث يضطلع بالنشاط شخص خاص ما لم تقم شواهد على أن ثمة عناصر أخرجته من الخضوع لأحكام القانون الخاص[2].

وإذا كان هنالك بعض المرافق تخضع بالأساس للقانون الخاص، فهنالك المرافق الإدارية التي تخضع كقاعدة عامة للقانون العام.

إذن هناك منافسة في بعض المرافق بين أساليب القانون العام وأساليب القانون الخاص كالمرافق التجارية، بل إن القانون الخاص يكسب باستمرار مواقع جديدة في هذا التنافس، كما أن التطور أفرز مرافق جديدة تخضع لهذا التنافس، ألا وهي المرافق العامة المهنية.

وهناك ملاحظة هامة هي أن مصطلح الإدارة العامة la gestion public ليس مرادفة لامتيازات لسلطة العامة، وإنما تعني استعمال وسائل القانون العام، ومن ذلك امتيازات السلطة العامة التي هي إحدى هذه الوسائل.

ويقترح الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي معياراً يقوم على الطريقة الإجمالية والطريقة التحليلية[3]. فالطريقة التحليلية أو طريقة تحديد الاختصاص

---

(1) د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة – ص ٧١٠.

(2) د. محمد عصفور: الضبط الإداري – ص ٧٥.

(3) د. أبو زيد فهمي: المرجع السابق – ص ٧١٢.

عملاً بعمل، هي طريقة تصلح للعقود الإدارية، في حين أن الطريقة الإجمالية تصلح للمسؤولية.

أما بالنسبة للمرافق العامة فبعضها يخضع بصفة أصلية لنظام الإدارة العامة، وهذا هو شأن المرافق الإدارية، وبعضها الآخر يخضع بصفة أساسية لنظام الإدارة الخاصة، وهذا هو شأن المرافق العامة التجارية والصناعية.

الفرع الثاني

تحديد الأموال العامة ونظامها القانوني

نفترض جدلاً أن عقد الإيجار الإداري ينصرف بداءة إلى إيجار مال عام استعمالاً وإشغالاً أو استغلالاً، ولهذا تبدو الحاجة ملحة لتحديد الأموال العامة، ماهيتها، نطاقها، نظامها القانوني...الخ فما هي هذه الأموال ؟

لا حاجة للتأكيد بأن الدولة تملك ضروباً من الأموال، وهذه الأموال قد تكون ثابتة أو منقولة، كما أن هذه الأموال تنقسم من حيثُ النظام القانوني إلى أموال عامة يطلق عليها في الفقه الفرنسي والمصري اسم ((الدومين العام)) Domain publique، كما تنقسم إلى الأموال الخاصة، ويطلق عليها اصطلاحاً اسم ((الدومين الخاص)) Domain Privé.

والأموال العامة هي تلك الأموال المخصصة للنفع العام أي لاستعمال الجمهور مباشرة أو لخدمة مرفق عام، فهي بذلك تستهدف غرضاً يخالف ذلك الذي يسوس ويحكم الأموال الخاصة، الأمر الذي يستتبع خضوعها لنظام قانوني يغاير النظام القانوني للأموال الخاصة، هذا النظام هو إداري المحتد والمنبت والأصل، ولا يغير في الأمر شيئاً ورود أحكام هذا النظام في نصوص القانون المدني[1]، إذ المهم في الموضوع الطبيعة الذاتية للأحكام والآليات والآثار التي تنتجها.

---

[1] د. محمد زهير جيرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، القاهرة، مطبعة بابي الحلبي، ص ١٢٥.

لَكِنْ كَيْفَ يَتِمّ تَحْدِيْدُ المالِ العَامّ ؟؟

- لقد سادت في هذا المجال عدة نظريات، من ذلك النظرية التي ترى أن المال العام هو ذلك المال المخصص لاستعمال الجمهور مباشرة[1]، وبهذا الاستعمال يصبح المال غير قابل بطبيعته للتملك الخاص، والمثال على ذلك في الطرق العامة والأنهار وشواطئ البحر، وغير ذلك.

وهذا التحديد يقوم على العنصرين الآتيين:

١-تخصص المال لاستعمال الجمهور.

٢-عدم قابليته للتملك الخاص[2].

ومع أهمية هذا المعيار إلاّ أنه أضيق في بعض الأحيان من اللازم Trop etroit وعاجز عن استيعاب كافة مفردات المال العام، إذ أن هناك أموالاً لا شك في عموميتها، ولكنها ليست مخصصة لاستعمال الجمهور كالقلاع والحصون والسكك الحديدية ودور الحكومة ...الخ.

- والنظرية الثانية، وترى أن المعيار المميز للمال العام، هو تخصيصه للمرفق العام، وبالطبع فهذا النظر لا يخلو من النقد لأنه لا يستوعب كافة أموال الدولة العامة، مثل الطرق العامة وشواطئ البحر، فهذه الأموال غير مخصصة لإدارة المرافق العامة، ومع ذلك فهي عامة، زد على ذلك فهناك بعض أموال المرافق العامة ثانوية وتافهة، ولا تستأهل الحماية المقررة للمال العام، كالأقلام والورق والمحابر وغير ذلك[3].

---

[1] د. فؤاد العطار: القانون الإداري، القاهرة، طبعة دار النهضة العربية ص ٧٥١، د. طعيمة الجرف: القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، ط٤، ١٩٧٨، ص٦٥٦.

[2] د. سليمان محمد الطماوي: مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، ط٨، ١٩٦٦، ص٥٨٦.

[3] د. فؤاد العطار: القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٥٤٠.

• وثمة فريق ثالث يرى أن ما يميز المال العام من المال الخاص هو تخصيصه للنفع العام، وبذلك ينسحب هذا المعيار إلى الأموال التي خصصت لاستعمال الجمهور مباشرة، كما ينسحب إلى تلك الأموال التي خصصت لخدمة مرفق عام، وإن كان يؤخذ على هذا المعيار أنه قد يشمل الأشياء التافهة قليلة الأهمية، حيال ذلك فقد اتجه أنصار هذا المذهب إلى بعض التشدد من خلال الضوابط الآتية:

١) اشترط العميد هوريو أن يتم التخصيص للنفع العام بقرار صريح، وإن كان القضاء لا يتطلب في الغالب صدور مثل هذا القرار الصريح، كما أن هذا الاشتراك لم يوضح المعيار الذي يمكننا استناداً إليه أن نقول بأن الإدارة ملزمة بإدخال مال معين إلى نطاق المال العام بسبب توافر الصفة العامة فيه، وهذا يعني أن إلحاق الصفة العامة بالمال مردّه تقدير السلطة الإدارية، وبناءً على ما تقدم، لا يكون القرار الإداري ركناً من أركان المال العام، وإنما وسيلة تستهدف إلحاق المال الذي توافرت فيه الصفة العامة[1].

٢) رأي فالين أنه – لتحديد المال العام – يتعين البحث عن الأموال التي تقتضي المصلحة العامة أن يطبق بشأنها النظام القانوني الاستثنائي للمال العام، وهذه الأموال هي تلك التي تتشدد الإدارة في حمايتها ضد اعتداءات الأفراد، إذ لا يمكن الاستعاضة عنها في حال فقدها أو إتلافها، أو لأن التعدي عليها يحيق بالإدارة أضراراً بالغة، ويستوجب فيها إسراع الإدارة إلى إعادتها، والمثال على ذلك يظهر في الطرق العامة – السكك الحديدية، وغير ذلك...

---

[1] د. فؤاد العطار: القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٥٤٠.

وطبعاً فهذا الرأي يُدخل في نطاق المال العام كل مال لشخص إداري يترتب على تكوينه الطبيعي أو على إثر تهيئة الإنسان له، أو بسبب أهميته التاريخية أو العلمية أو غير ذلك، أن يصبح ضرورياً للنفع العام، سواء أكان لخدمة مرفق عام، أم لأداء حاجة عامة بصورة لا يمكن الاستغناء عنها[1].

واستطراداً فالحاجة العامة المطردة المنتظمة هي أساس قيام نظرية المرفق العام[2]، وليس عجباً إذن أن نرى فقيهاً مثل ديجي يعتبر المرفق العام أساساً لقيام الدولة ومبرراً لها، ولذلك فهو يطلق على الدولة اسم دولة المرافق نعياً ونفياً لكل تبرير آخر لا سيما التبرير السلطوي لتأسيس الدولة.

واستطراداً آخر، جدير بالذكر هو أن الرسول ﷺ استشرف فاستشف نظرية المرفق العام قبل أن يتكلم عنها، ديجي، بمئات السنين، وكما يتضح من قوله ﷺ: " إذا توفي ابن آدم انقطع أجره إلاّ من ثلاث: صدقة جارية وعلم نافع وابن صالح يدعو له ".

فالصدقة الجارية (وهي أساس مؤسسة الوقف) هي مرتفق عام بالمعنى الموضوعي لا الشكلي.

وهذا المعيار الأخير لا يقترب فحسب من معيار المرفق العام الذي يحرك أساليب السلطة العامة، وإنما يقترب أيضاً من معيار العقود الإدارية، فالإدارة قد تكون قوامة على مرفق، أو مصلحة عامة، ولكنها لا تلجأ إلى الشروط الاستثنائية إلاّ إذا حركتها دواعي الصالح العام، إذن قد تجد من العقود العادية مصلحة لها في التعامل العادي مع الأفراد.

---

(1) توفيق شحاته: القانون الإداري، القاهرة، ص ٥٧٢ – د. فؤاد العطار: القانون الإداري المرجع السابق، ص ٥٤١ – د. طعيمة الجرف: القانون الإداري المرجع السابق، ص ٥٧١.

(2) محمد حامد الجمل: الموظف العام، القاهرة، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٦٩، ص ٤٣٥.

وأخيراً فمعيار " فالين " يقترب من المعيار القضائي في فرنسا لتحديد المال العام، إذ أن هذا المعيار يشترط ما يلي:

١-تخصيص المال لاستعمال الجمهور مباشرة.

٢-تخصيص المال لخدمة مرفق عام شريطة أن يترتب على تكوينه الطبيعي، أو الحكمي أن يصبح لازماً لخدمة غرض من أغراض هذا المرفق.

على ضوء هذه الاعتبارات يمكن القول إن الشارع السوري والمصري وفّقا إذ لم يتركا الأمر على عواهنه لتقدير الفقه والقضاء، بل انبريا لتنظيم الموضوع في المادة ٩٠ من القانون المدني السوري (٨٧ مدني مصري)، إذ اعتبرت هذه المادة مالاً عاماً ذلك المال المنقول أو غير المنقول المملوك للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصّصة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم.

وبالطبع فليس كل مال للإدارة، يُهيأ للنفع العام، وإنما تلك الأموال التي تملك من الخصائص الذاتية ما يمكّنها من خدمة هدف من أهداف المرفق العام، بدليل ما جاء في المادة ٩١ من القانون المدني من أن فقدان المال للصفة العامة إنما يكون بقانون أو مرسوم أو بالفعل، أو بإنهاء الغرض الذي من أجله خصّصت تلك الأموال للنفع العام.

والمال العام بالتحديد، آنف الذكر، طبيعياً كان أم حكمياً يمكن استعماله من قبل الأفراد استعمالاً عاماً (الاستعمال الطبيعي) أو خاصاً (الاستعمال الحكمي)، والاستعمال الحكمي يتم طبعاً بأداة قانونية فردية acte particulier، قراراً كانت الأداة أم عقداً، وهنا بيت القصيد، ومعضل الأمر الذي يحرك ولادة عقد الإيجار الإداري.

هذا وقبل إنهاء هذا البحث لا بد من تسجيل الملاحظات الآتية:

١-تعتبر الأموال عامة، إذا تم تخصيصها للمنفعة العامة، ولو لم تخصص لذلك فعلاً، كأن يقرر نص تخصيص قطعة أرض فضاء للمنفعة العامة، فتغدو مالاً عاماً بتخصيص النص[١].

٢-قد يصف النص صراحة الأموال بأنها عامة، وقد يأتي الوصف ضمنياً، كأن يسبغ المشرّع على المال مظاهر النظام القانوني للمال العام دون أن يصفه بذلك، وبالمقابل فقد يأتي نصّ فيصف صراحة مالاً بأنه مال خاص، وعندئذٍ يجب أخذ هذا الوصف حتى إذا كان هذا المال مخصصاً بالفعل لمنفعة عامة.

---

[١] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٨٠، ص ٣٠١.

الفرع الثالث

معيار النظام القانوني للاستعمال الخاص للمال العام

• **مقدمة:**

وسنعرض لهذا النظام القانوني للتخصيص بأداة العمل الانفـــرادي، ثـم نردف ذلك بالتخصيص العقدي.

المطلب الأول

- النظام القانوني للترخيص الانفرادي للاستعمال الخاص للمال العام

إذا لم تلجأ الإدارة إلى الأسلوب التعاقدي في تمكين الأفراد من الاســتئثار بجزء من المال العام، فليس أمامها، والحال هذه، إلا أسلوب الترخيص بـالإرادة المنفردة acte unilateral، وبالطبع فهذا العمل الانفرادي يخضع للنظرية العامـة للقرارات الإدارية، بكل ما ترتبه من نتائــج وآثار، وأخص ما فـي الأمـر أن الإدارة تتمتع في مواجهة المرخص له بسلطات واســعة، إذ تملـك أن ترفـض الترخيص ابتداء، كما تستطيع أن توقـف الاستعمال الخاص للمال العـام، وأن تعدل من شروط هذا الاستعمال وتلغـي الترخيص، وهذا مـا قررتـه محكمـة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٧/١٦، حيثُ تقول: إن منـح الإدارة التراخيص أو منعها أو إلغاءها هي من الأعمال الإدارية التي تستند إلـى أحكام القانون العام التي تقضي بإطلاق سلطـة الإدارة في إدارة المـال العـام، وفقاً للمصلحة العامـة ومراعاة لطبيعـة استعمالـه، ومن ثم فـإن للبلديـة أن

تلغي تراخيص الأشغال ما دعت دواعي المصلحة العامة كحفظ النظام أو الآداب العامة أو الأمن العام أو إدخال تحسينات على المال العام إلى غير ذلك من مبررات المصلحة العامة، وإن تقديرها لهذه المبررات خارج عن رقابة المحكمة، ولكن رغم هذا الإطلاق الذي يستشف من نهاية هذا الحكم فإن سلطة الإدارة في هذا الخصوص هي سلطة تقديرية، وليست سلطة تحكمية. وحقها في هذا الصدد يقيده الصالح العام، وهذا الصالح هو مصلحة مخصصة تنحصر في المحافظة على تخصيص المال العام، فإذا جانبت الإدارة هذه الغاية، ورفضت الترخيص أو سحبته نكاية بالفرد أو لتمييز فريق من الناس على آخر دون مسوغ، كان تصرفها مشوباً بعيب الانحراف detournement de pouvoir، وهنا يحق لذي المصلحة أن يطلب إلغاءه وأن يطالب بالتعويض، إذا ما ترتب على تنفيذ قرارات الإدارة المعيبة أضرار[1].

ولقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر مذهباً بعيداً، إذ قضت بأن الحق في طلب التعويض في مثل تلك الحال، لا يسقط حتى ولو نُصّ في الترخيص بأنه لا يجوز طلب تعويضات عن ذلك الإلغاء[2].

وزيادة في الفائدة، وعلى الرغم من أن موضوع هذا الكتاب هو الترخيص العقدي لا الانفرادي، فإننا نحيل إلى رأي الدكتور عبد الفتاح حسن حول سمات الترخيص بالاستعمال الخاص للمال العام وهذه السمات هي [3]:

---

[1] د. سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي، ط٢، ١٩٦٥، ص١٤٦.

[2] حكمها الصادر في ١٩٥٤/١٢/١٥ السنة ٩، ص ١٤٥.

[3] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القضاء الإداري، ص ٣٢٢ وما بعدها، القاهرة، المطبعة العربية الحديثة، ١٩٨٠.

- يحيل الترخيص إلى دفتر شروط معينة بالإضافة إلى القوانين واللوائح المتعلقة بالمال محل الترخيص.
- يكون الترخيص بمقابل نقدي يعتبر رسماً، وليس أجرة ويجب أن تحدد فئاته مقدماً تحقيقاً للمساواة بين المستعملين، ويراعى في تقديره القيمة الإيجارية للمال والمكاسب التي سوف تعود على المرخص له من استعماله.
- للإدارة سلطة تقديرية في منح الترخيص أو رفضه شريطة أن تتغيّا في ذلك الصالح العام، وليس للأفراد أي حق مكتسب في الحصول على الترخيص إذا كان متعارضاً مع تخصيص المال أو يمس حقوق الغير عليه (كترخيص بإقامة كشك على الرصيف ولكن في مواجهة مدخل أحد المنازل أو المتاجر المطلة على الطريق - وترخيص متعارض مع ترخيص سابق).
- للمرخص له استعمال المال موضوع الترخيص، وله الدفاع عن حقوقه المستمدة من الترخيص تجاه الآخرين (كالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه بخطأ أحد الأفراد)، ولكن هذا الاستعمال يجب أن يكون وفقاً لشروط الترخيص، كما أنه لا يجوز للمرخص له بغير إذن من جهة الإدارة التنازل عن الترخيص إلى الغير أو السماح باستعمال المال موضوع الترخيص أو تأجيره من الباطن.
- مركز المرخص له تنظيمي، لذلك يجوز للإدارة تعديل أحكام الترخيص دون تعويض، كما يجوز لها إلغاءه في أي وقت ودون مواجهة المرخص له بأسباب الإلغاء.

ومما يدعوها إلى ذلك مخالفة المرخص له لشروط الترخيص أو القوانين واللوائح المكملة له، أو التنازل عنه للغير دون إذن منها، أو فقد المال الصفة

العامة، أو لأسباب تتعلق بالصحة أو الآداب العامة أو الأمن العام، ويكون هذا الإلغاء دون تعويض.

- ينتهي الترخيص بإلغائه، أو بانتهاء مدته (إذا كان مؤقتاً بمدة)، أو بتحقق الشرط الفاسخ (إذا وجد)، أو بوفاة المرخص له، ومتى انتهى الترخيص لأي سبب وجب على المرخص له إخلاء المال فوراً بما في ذلك هدم المنشآت التي أقامها ما لم تطلب الإدارة الإبقاء عليها.

وعلى خلاف ذلك فإنه في الاستعمال الخاص بعقد يوقع الطرفان (جهة الإدارة والمستعمل) عقداً يحدد حقوق وواجبات كل منهما، ويندر أن يكون هذا العقد محل مناقشة حرة، والأغلب أن يكون معداً سلفاً من قبل جهة الإدارة ويقتصر دور المتعاقد على التوقيع عليه، وهو يخضع للقواعد الآتية:

١-ليس للعقد شكل معين غير أن الأغلب أن يتم كتابة، وقد يقترن بدفتر شروط يعتبر بالتوقيع جزءاً منه.

٢-تتمتع جهة الإدارة بسلطة تقديرية في إبرامه.

٣-يكون الاستعمال بمقابل يحدده القانون، أو تحدده جهة الإدارة (المالكة أو الحائزة) عند عدم النص، وذلك في ضوء القيمة الإيجارية للمال، والمكاسب التي سوف يحصل عليها المتعاقد من استعماله، ويعتبر المقابل أجرة، وليس رسماً.

٤-للإدارة أثناء العقد تعديل أحكامه بإرادتها المنفردة، فلها أن تفرض على المتعاقد شروط جديدة للاستعمال، أو أن تنقل موقع الاستعمال إلى مكان آخر بصورة دائمة أو مؤقتة، غير أن هذا التعديل لا يجوز أن يمتد للشروط المالية للعقد.

٥-للمتعاقد استعمال المال وفقاً لشروط العقد، ويخضع في ذلك لصلاحيات الضبط الإداري.

٦-للإدارة إلغاء العقد دون تعويض قبل انتهاء مدته إذا أخل المتعاقد بالتزاماته، أو تنازل عن العقد للغير دون إذن منها، كما لها إلغاؤه في أي وقت للصالح العام مقابل تعويض (كأن تستلزم ذلك مصلحة السير أو صيانة المال أو تنفيذ أشغال عامة).

٧-ينتهي العقد بإلغائه، أو بانتهاء مدته، أو بتحقق الشرط الفاسخ، أو باتفاق الطرفين، أو بهلاك محل العقد.

٨-متى انتهى العقد وجب على المتعاقد إخلاء المال فوراً وإزالة منشآته، ما لم تر جهة الإدارة الاحتفاظ بها.

وكل هذه القواعد تسري على العقد الذي يبرم بين الإدارة والمستعمل، وليس على العقد الذي يبرم بموافقة الإدارة بين المستعمل وشخص آخر، وإن كان محله أيضاً استعمال مال عام.

وتشير المحكمة الإدارية العليا إلى أن أسلوب الترخيص يكون بالنسبة إلى الاستعمال غير العادي للمال العام، بينما يكون أسلوب العقد بالنسبة إلى الاستعمال العادي، وتوضح ذلك بقولها: إن الترخيص للأفراد باستعمال جزء من المال العام استعمالاً غير عادي هو من قبيل الأعمال الإدارية المبنية على مجرد التسامح، وتتمتع الإدارة بالنسبة إلى هذا النوع من الاستعمال بسلطة تقديرية واسعة فيكون لها إلغاء الترخيص في أي وقت بحسب ما تراه متفقاً مع المصلحة العامة باعتبار أن المال لم يخصص في الأصل لمثل هذا النوع من الاستعمال وأن الترخيص باستعماله على خلاف هذا الأصل عارض وموقوت بطبيعته، ومن ثم قابل للإلغاء أو التعديل في أي وقت لداعي المصلحة العامة، أما التعاقد مع الأفراد لاستعمال مال عام في الغرض المخصص له أصلاً، فإنه يرتب للمتعاقد حقوقاً تختلف في مداها وقوتها بحسب طبيعة الانتفاع وطبيعة المال

المقررة عليه، على أنها في جملتها تتسم بطابع من الاستقرار في نطاق المدة المحددة في الترخيص.

أما إذا لم تكن ثمة مدة محددة فإن هذه الحقوق تبقى ما بقي المال مخصصاً للنفع العام، وبشرط أن يقوم المتعاقد بالوفاء بالالتزامات الملقاة على عاتقه، فتلتزم جهة الإدارة باحترام حقوق المتعاقد في الاستعمال، فلا يسوغ لها إلغاء العقد كلياً أو جزئياً طالما كان المتعاقد قائماً بتنفيذ التزاماته، وذلك ما لم تقم اعتبارات متعلقة بالمصلحة العامة تقتضي إنهاء تخصيص المال لهذا النوع من الاستعمال ودون إخلال بما للجهة الإدارية من حقوق في اتخاذ الإجراءات التي تكفل صيانة الأمن والنظام ولو تعارض ذلك مع مصلحة المتعاقد[1].

المطلب الثاني

- الاستعمال الخاص الذي يتم في صورة عقد

في مثل هذا الاستعمال الخاص يوقع الطرفان ((جهة الإدارة والمستعمل)) عقداً يحدد حقوق وواجبات الطرفين، ويندر أن يكون هذا العقد محل مناقشة حرة، بل الأغلب أن يعد سلفاً من جهة الإدارة، ويقتصر دور المتعاقد على التوقيع عليه.

وحقيقة الأمر أن ما يميز العقود الإدارية كثرة القيود التي تفرضها التشريعات على الإدارة لجهة اختيار المتعاقد، إضافة إلى لجوء الإدارة إلى كراسة الشروط التي تحرر مقدماً، حيثُ لا يملك المتعاقد مناقشتها.

---

[1] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري المرجع السابق ٣٢٤.

زد على ذلك، فسلطات الإدارة خطيرة في مواجهة المتعاقد معها، والتي لا نظير لها في القانون الخاص، ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي الذي صاغ الأحكام الأساسية لنظرية العقد الإداري قد طبق الأحكام المدنية بحذافيرها تقريباً لجهة أركان الرابطة التعاقدية، أي فيما يختص بعيوب الرضا[1].

وكما قلنا سابقاً فالترخيص ينطوي عادة على شروط خاصة تمليها اعتبارات الأمن والصحة العامة والسلامة العامة والجوار التي يتعين على المرخص له أن يحترمها[2].

وللإدارة وسائل مختلفة في سبيل حمل المرخص له على احترام التزاماته، فهي تملك مقاضاته جنائياً إذا نشأ عن مخالفة شروط الرخصة جريمة، كما لها أن تختصمه مدنياً لاستيفاء الجعل الذي تستحقه، أو لاسترداد مالها العام الذي يستعمله بلا وجه حق، بل ومن حقها أخيراً أن تلجأ إلى التنفيذ المباشر، فتسحب الرخصة إذا تهيأ لها سبيل الالتجاء إلى هذا السبيل[3].

---

(1) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص٤٠٢.

(2) د. جيرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص ٣٠١.

(3) د. جيرانه: المرجع السابق، ص ٣٠١.

الفرع الرابع

وقد قسمناه إلى عدة مطالب كما مبين فيما يلي:

المطلب الأول

القرار المشوب بالبطلان مصدراً لمسؤولية الإدارة

كما قلنا سابقاً فقد تُصدر الإدارة ترخيصاً في صيغة قرار إداري، وقد يكون هذا القرار معيباً في أحد أركانه، فهنا ترتكب الإدارة خطأ يترتب عليه إيقاع ضرر على المرخَص له، وقد تكون هنالك علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وقد يكون الخطأ ناتجاً عن الإدارة نفسها، أو قد يكون خطأ شخصيًا، ومن هنا نشأ على صعيد القانون الإداري التمييز بين الخطأين.

وإذا كان المجال لا يتسع للكلام عن هذين الخطأين كمصدرين للمسؤولية، فالمرجّح أن الإدارة مسؤولة قبل الأفراد عن أخطاء موظفيها، وأن العدالة هي مصدر هذه المسؤولية.

وفي هذا الصدد فقد تم التمييز بين القرار الباطل والقرار المعدوم، فالقرار الباطل هو القرار المعيب بعيب عدم الاختصاص وعيب الشكل وعيب مخالفة القانون، وأخيراً بعيب الانحراف في استعمال السلطة.

وبالطبع فارتكاب هذه العيوب يمثل خطأ مرفقياً تُسألُ عنه الإدارة وحدها ما دام الموظف لم يتعمد ارتكاب الخطأ.

ومرد ذلك بالطبع ضرورة احترام المرفق للقوانين والأنظمة، بحيثُ يكون هذا المرفق قد خرج عن الواجب إذا قام الموظف المشرف عليه باتخاذ قرار مشوب معيب يجعله باطلاً.

ومع ذلك، فالمسؤولية تختلف تبعاً لنوع العيب على التفصيل الآتي[1]:

١-**عيب عدم الاختصاص:** وهنا يفرق مجلس الدولة الفرنسي بين الحالات التي يمكن لجهة الإدارة أن تعيد فيها إصدار القرار الإداري المعيب ذاته في النتيجة والمضمون والعكس، حيثُ لا تتوافر المسؤولية إلاّ في الحال الثانية.

٢-**عيب الشّكل:** هنا يفرق مجلس الدولة الفرنسي بين الشكليات الجوهرية التي يؤدي تجاهلها إلى التأثير على مضمون القرار، ففي هذه الحال فقط تتوفر مسؤولية الإدارة.

٣-**أوجه البطلان الموضوعيّة:** ((مخالفة القانون والانحراف)): اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار كل من مخالفة القانون والانحراف في استعمال السلطة مصدراً لترتيب مسؤولية الإدارة.

أما مجلس الدولة المصري فقد اتخذ من عيوب القرار الإداري المواقف الآتية:

أ- **عيب الشكل والاختصاص:** لا يكون عيب الشكل مصدراً للتعويض إلاّ إذا كان مؤثراً في موضوع القرار، كذلك فلا يعد عيب عدم الاختصاص مرتّباً لمسؤولية الإدارة إلاّ إذا كان الضرر المطالب بالتعويض عنه لاحقاً بالفرد لا محالة لو أن القرار ذاته صدر عن الجهة المختصة[2].

---

[1] د. رمزي طه الشاعر: تدرج البطلان في القرارات الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية ١٩٦٨، ص ٣١٣.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٤ يونيه ١٩٥٣ السنة السابعة، ص ١٧٥٦، وحكمها الصادر في ٦ مايو ١٩٥٣، مجموعة السنة السابعة - ص ١٠٧٦.

ب- **عيب مخالفة القانون والانحراف في استعمال السلطة:** لقد تم التمييز بالنسبة لعيب مخالفة القانون بين الخطأ الفني اليسير والخطأ الجسيم في تفسير القاعدة القانونية، ففي الحالة الأولى استبعدت مسؤولية الإدارة لأنها لا تتنكر هنا للقاعدة أو تتجاهلها، وإنما قد تعطي للقاعدة القانونية معنى غير المقصود منها قانوناً، وخطأ الإدارة في التفسير يكون مغتفراً إذا كانت القاعدة القانونية غير واضحة وتحتمل التأويل[1].

أما إذا كان الخطأ جسيماً، فهنا تترتب المسؤولية على الإدارة[2].

وأخيراً، فالمسؤولية بالنسبة للقرار المعدوم تترتب على الموظف ذاته، لسبب بسيط هو أنه ارتكب خطأ جسيماً وصارخاً[3].

واستطراداً فبإمكان الفرد النعي على قرار الترخيص المعيب باتباع الطريقين الآتيتين:

- إلغاء القرار الإداري المعيب أمام قاضي الإلغاء شريطة عدم تحصنه.
- تحريك دعوى القضاء الكامل، وهنا يلجأ المرخص له إلى القاضي الإداري لتحطيم قرار الترخيص، ثم المطالبة بالأضرار التي حاقت به.

أما إذا كان منشؤ الترخيص عقداً، فهنا يلجأ الفرد إلى قاضي العقد ((محكمة القضاء الإداري)) على التفصيل الذي سنحدده في الأبحاث المقبلة.

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٤ يونيه ١٩٥٣، السنة السابعة – ص١٧٥٦، وحكمها الصادر في ٦ مايو ١٩٥٣، مجموعة السنة السابعة – ص ١٠٧٦.

[2] محكمة القضاء الإداري الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٥٦، مجموعة السنة العاشرة – ص ٤٣١.

[3] د. رمزي الشاعر: تدرج البطلان، المرجع السابق، ص ٣١٤.

المطلب الثاني

المال الملتبس ومناقشة خطاب المحامي

الأستاذ خالد عبد الله خالد

ناقش الأستاذ خالد القانون رقم ١٠٦، مناقشة مستفيضة في كتابه الموسوم بعنوان عقد الاستثمار[١].

وبصورة عامة يمكن القول إن تلك المناقشة يغلب عليها الإحاطة التحليلية والعلمية، وإن كان لنا عليها المآخذ الآتية:

أ- التسمية: امتلأت تصاعيف الكتاب بإطلاق كلمة استثمار على العقود المتصلة بالأموال العامة، وكنا نفضل إطلاق الأسماء على مسمياتها انطلاقاً من المفاهيم القانونية الصرف، أي إطلاق تسمية عقد الإيجار الإداري دون عقد الاستثمار.

وهاكم بعض الفقرات من كتاب الزميل التي تؤكد الجهاز المفاهيمي الذي استعمله، يقول: ((لامراء بأن إشغال الأملاك هذه ذات الصفة العامة، وكون إشغالها يخضع لتراخيص صادرة عن جهة الإدارة فتلك التراخيص ذات طبيعة استثمارية خاضعة لمبدأ عقود الاستثمار، ويخرج أمر النظر في الخلافات حولها عن صلاحية القضاء العادي[٢])).

وحقيقة الأمر أن إشغال الأموال العامة لا يخضع بالضرورة للعقود الإدارية، بل من الممكن الإحاطة به بأداة القرار الإداري، فضلاً عن أنه ليس بالضرورة أن يكون ذا طبيعة استثمارية .

---

[١] المقصود من هذا الخطاب كتابه الموسوم بعنوان عقد الاستثمار، دمشق دار الملاح للطباعة والنشر ط١، ١٩٨٩، ص٧٢ وما بعدها.

[٢] المرجع السابق ص ٧٣.

ب- النفع العام: يرى الأستاذ خالد أن عقدة البحث هي عبارة النفع العام أو عبارة ((المخصصة للمنفعة العامة)) التي وردت في القانون رقم ١٠٦، كما وردت في القانون المدني[١].

هكذا ينبري الأستاذ خالد لتحديد المقصود بالنفع العام من خلال تعامله مع هذه الكلمة في القانون المدني السوري (المادة ٩٠و٩١) ومع القانون رقم ١٠٦. فإذا بهذه الأموال العامة هي لاستعمال وانتفاع الجمهور أو المجتمع بكليته على الغالب كالحدائق والشوارع والساحات، وما يوضع من مال منقول رصدا لخدمة هذه الأماكن[٢].

وبذلك فقد أسقط الأستاذ خالد من الحسبان الأموال المرصودة لأغراض المرافق العامة، ثم الأموال التي هيأتها الإدارة للنفع العام، والتي لها أهمية خاصة، وهي - كما حددها فالين - الأموال التي تقتضي المصلحة العامة أن تطبق بشأنها الأحكام الاستثنائية لنظام الدومين العام. بحيث يتعين على الإدارة أن تتشدد في حمايتها ضد اعتداء الأفراد بالتملك أو الاغتصاب، إما لأنها لا يمكن تعويضها، أو لأن الاعتداء عليها يسبب أضرارا بالغة، ويوجب على الإدارة الإسراع في ترميمها لأنه لا يمكن الاستغناء عنها[٣].

ولعل هذا المعيار الأخير الذي حدده فالين، أدق المحاولات، التي يتحدد بها المال العام على أنه كل مال يترتب على تكوينه الطبيعي أو على أثر تهيئة الإنسان له أو بسبب أهميته التاريخية أو العلمية أن يصبح ضرورة للنفع العام بصورة لا يمكن معها الاستغناء عنها.

---

(١) المرجع السابق ص ٧٩.

(٢) المرجع السابق ص ٧٩.

(٣) د. طعيمة الجرف: القانون الاداري، المرجع السابق ص ٧١.

ويجمع فقهاء القانون في مصر على أن المعيار الذي وضعه القانون المدني للنفع العام (المادة ٨٧ مصري، تقابل ٩٠ سوري) هو معيار عام، إذ أنه تزيد أو كان أوسع من اللازم Trop Large.

إذ أن هنالك أموالاً مخصصة للنفع العام ومع ذلك فهي ليست أموالاً عامة مثل الأموال التافهة[1].

المطلب الثالث

أموال الدّولة الخاصّة: Le domain privée

هي الأموال التي تملكها الدولة وغيرها من الأشخاص الإدارية من أجل استغلالها والحصول على ما تنتجه من موارد مالية، وهذه الأموال تخضع للتصرفات القانونية المختلفة من بيع وشراء وإيجار وتبادل، وبذلك تسري عليها أحكام القانون الخاص، وبصورة خاصة القانون المدني، حيث يقف مالك هذه الأموال أمام القانون على قدم المساواة en pied de galité مع الأفراد العاديين لجهة اكتسابها والتصرف فيها، وغير ذلك من التصرفات القانونية[2].

بيد أنه على الرغم من هذا الفارق الكبير بين النظام القانوني لهذه الأموال والنظام القانوني للأموال العامة، إلاّ أن هذا الفارق أخذ يضيق على يد التشريعات الحديثة التي أخذت تضفي على الأموال الخاصة بعض الحماية، والمثال على ذلك ما تقرر في سوريا من عدم جواز تملك هذه الأموال بالتقادم، خلافاً لما كان عليه الأمر سابقاً، والأمر نفسه بالنسبة لتقرير حماية

---

(1) د. توفيق شحاته، القانون الإداري، ص ٥٧٣.

(2) د. فؤاد العطار، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٥٣٦.

جزائية ضد الاعتداء عليها، إضافة إلى حق إزالة الاعتداء بالطريق الإداري ((التنفيذ المباشر)).

ولقد صدر في مصر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ والقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠، وقد تضمنت هذه القوانين عدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة من قبل الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة، وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام والأوقاف الخيرية.

كذلك فقد نصت تلك القوانين على عدم جواز اكتساب أي حق عيني بالتقادم عليها، كما حظرت التعدي عليها، وخولت الجهات الإدارية المختصة حق إزالة تلك التعديات بالطرق الإدارية.

وأخيراً ما قرره القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٢ من إضفاء صفة المال العام على المال الخاص لجهة أي اعتداء يقع عليه، وذلك بالنص في مادته الثانية، بأن يقصد بالأموال العامة في معرض تطبيق أحكام هذا القانون ما يكون مملوكاً أو خاضعاً لإدارة وإشراف الدولة ووحدات الحكم المحلي والهيئات العامة وشركات القطاع العام والاتحاد الاشتراكي والمؤسسات التابعة له والنقابات والاتحادات والمؤسسات والجمعيات الخاصة ذات النفع العام والجمعيات التعاونية، وأية جهة ينص القانون على اعتبار أموالها من الأموال العامة، وهذا مانحا نحوه الشارع السوري في المرسوم التشريعي رقم ٣٧ لعام ١٩٦٦، وفي المرسوم التشريعي رقم ٤ تاريخ ١٩٧٧/٨/٦، فقد توسع هذا الأخير في سبيل الحماية، حيث أثم جزائياً الاعتداء على أموال الجمعيات التعاونية والمنظمات الشعبية والنقابية والأموال العائدة لحزب البعث العربي الاشتراكي.

كذلك فقد صدر في سوريا القانون رقم ٩ تاريخ ١٩٧٧/٢/٢٣ ((منشور في مجلة المحامون لعام ١٩٧٧ - ص ٣٧)) المتضمن أسس إيجار أملاك الدولة الخاصة.

- وبعد صدور قوانين الإصلاح الزراعي وقوانين أملاك الدولة، توسعت دائرة أملاك الدولة كثيراً، وهي في غالبيتها أراض زراعية، وقد فقد بعضها صفته الزراعية بعد التوسع العمراني في المدن والبلديات والقرى وشمول المجالس الإدارية المحلية جميعها، ودخول هذا البعض في الحدود الإدارية، وهكذا فقد أصبحت حكماً في ملكية تلك المجالس، وهذه المجالس شخصيات اعتبارية عامة بمعنى أنها بقيت بذات الصفة التي عينتها أحكام المادة ٨٦ من القانون المدني[١].

وبالطبع فهذه القيود ترد استثناء - وبنص خاص - على الأصل العام، ومن ثم تكون القاعدة العامة أن الأموال الخاصة للإدارة، وفيما عدا الأحكام التي نص عليها القانون تخضع لأحكام القانون الخاص[٢].

وتطبيقاً لذلك أفتت إدارة الفتوى لوزارة المالية في مصر بتاريخ ٢٢ من يناير لعام ١٩٥٧[٣] بأن عقد بيع أملاك الميري الحرة تسري عليه قواعد القانون المدني الذي تنص المادة ٨٩ منه على أن يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد.

هذا وننوه بأن الأموال العامة قد تفقد تخصصها العام فتتحول إلى أموال خاصة، وقد نظمت المادة ٩١ من القانون المدني السوري ذلك بقولها: ((تفقد

---

(١) المحامي خالد عبد الله خالد: عقد الاستثمار، دمشق.

(٢) د. فؤاد العطار: القانون الاداري، ص ٥٣٨.

(٣) الفتوى رقم ٣٦١، مجموعة الفتاوى، السنة ١١ - ص ٢٢٢.

الأموال العامة صفتها العامة بانتهاء تخصصها للمنفعة العامة، وينتهي التخصيص بمقتضى قانون ومرسوم أو بالفعل، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال لمنفعة عامة)).

ومن الأمثلة على انتهاء التخصيص ما جاء في قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٩٥٥/٢/١٧، حيث قالت هذه المحكمة: ((إن الغرض الذي خصصت من أجله الجبانات العامة، ليس مقصوراً على الدفن وحده، بل يشمل أيضاً حفظ رفات الموتى بعد وفاتهم، وينبني على ذلك أنها لا تفقد صفتها العامة بمجرد إبطال الدفن فيها، ولا يجوز تملكها بوضع اليد إلاّ بعد زوال تخصيصها، واندثار معالمها وآثارها)).

وننوه استطراداً بأن المقابر في فرنسا اعتُبرت حالياً من أملاك الدولة الخاصة في حين اعتُبرت في الماضي من أملاك الدولة العامة، وهنالك عقود تجري حول تلك المقابر مثل العقود التي تبرم مع مهن صنع الشاهدات وأجران القبور.

أما في قطرنا فقد اعتُبرت المقابر من أملاك الوقف، وبذلك فالمحاكم العادية هي المختصة بالنظر في كل نزاع يتعلق بها، كما اعتبرت عقوداً خاصة العقود المتعلقة بتأجير أو بيع أو مبادلة أملاك الدولة الخاصة[1].

وأملاك الدولة الخاصة تنقسم إلى قسمين:

١-أملاك الدولة الخاصة المسجلة في السجل العقاري بهذه الصفة، ومعروف أنه لا يسجّل على اسم الدولة إلاّ أملاك تخصها والتسجيل هنا دليل على الملكية الخاصة، وفقاً للقرار رقم ٢٨٦ لسنة ١٩٢٦، فالملك العام لا يسجل في السجل العقاري، ومن المعروف أن هذا التصرف بالبيع أو بالإيجار له

---

[1] د. عبد الإله الخاني: القانون الإداري، المجلد الرابع - ص ٢٦، ٢٧.

إجراءات لا تتبع في القانون الخاص، وهي المزايدة ... ومع أن هذا الشرط غير مألوف في القانون الخاص، فإن العقد عقد عـــادي والاختصـــاص للقضاء العادي.

٢-أملاك ((أراضٍ)) انتزعت من مالكيها السابقين بموجب قانون الإصـــلاح الزراعي لكونهم كانوا يملكونها، وهي فوق الحد القانوني الذي يجيز التملك. ومع أن هذه الأراضي لا تسجل في السجل العقاري كأملاك دولة خاصـــة، بل يكتفي بوضع الإشارة على صحائفـــها العقاريـــة كـأراضٍ منتزعـة، فالتصرف بها إنما يجري بعقود تعتبر من العقود العادية[١].

٣-كل هذه الأملاك الخاصة تطبع العقود الجارية عليها، ولو كانت مـــن نـــوع الأشغال بهذا الطابع، فعقود الأشغال التي تجري عليها، لا يمكن أن تعتـــبر عقود أشغال عامة ولا عقود التزام، ويدخل ضمنها عقد شراء وبيع الدوائـــر الرسمية والمدارس التي تعتبر أملاك الدولة الخاصة[٢].

٤-عقود مشتريات الإدارة العامة: وهذه العقود يتبع فيها نظام المبايعات، مثـــل شراء الإدارات للقرطاسية، وغير ذلك من الأشياء، ومثل بيعـــها النفايـــات الورقية والكرتونية إلى معامل الورق، فهذه العقود جميعها تعتبر من العقـــود العادية، وتخضع لاختصاص القضاء العادي[٣].

ولكن هل تعتبر عقوداً إدارية تلك التي تتعامل مع أموال الدولة الخاصـــة طالما أنها توفرت مصلحة مالية، والمصلحة المالية هي في جوهرهـــا مصلحـــة عامة؟؟

---

[١] د. عبد الإله الخاني: القانون الإداري، المجلد الرابع – ص ٢٧.

[٢] المرجع السابق – ص ٢٧.

[٣] المرجع السابق – ص ٢٨.

يجيب على ذلك الدكتور ثروت بدوي بالإيجاب مشترطاً أن يشتمل العقد على نصوص استثنائية، لكنه يؤكد في الآن نفسه أن أسلوب القانون العام في عقود الدومين الخاص (المال الخاص) أمر نادر الحصول، فهذا الدومين هو المثالي لاستخدام الإدارة لوسائل القانون الخاص، بل يمكن القول بوجود قرينة على اتباع ذلك الأسلوب، ولكن هذه القرينة ليست بقاطعة، ويمكن إثبات عكسها، بتضمين عقود الدومين الخاص شروطاً استثنائية يستدل منها على اتباع الإدارة في تلك الأموال أسلوب القانون العام، وبالتالي اعتبار تلك العقود عقوداً إدارية[1].

ويدلّل الأستاذ فيدل - والكلام لا يزال للدكتور بدوي - على قيمة هذا الرأي بحكم مجلس الدولة الفرنسي الذي رفض فيه الاعتراف بالصفة الإدارية لعقد متعلق بالدومين الخاص استناداً إلى عدم احتوائه على شروط استثنائية.

ويتابع الدكتور بدوي القول: ((ونحن نرى أن الأستاذ فيدل محقٌ فيما ذهب إليه، فإن كانت مصلحة الضرائب تخضع لقواعد القانون العام مع أن حصيلة الضرائب تستخدم في الأغراض نفسها التي تستخدم فيها الأموال الناتجة من أملاك الدولة الخاصة، فذلك مردّه إلى أن مصلحة الضرائب تتبع الوسائل نفسها التي يتبعها الأفراد فيما بينهم، والخلاف بين الحالين هو خلاف في الوسيلة مع أن الغاية واحدة، وهي الحصول على المال اللازم لإدارة المشروعات العامة، ومن ثم فإنه متى استخدمت مصلحة الأملاك وسائل السلطة العامة، فإن عقودها التي تبرمها يمكن أن تأخذ الصفة الإدارية[2])).

---

[1] د. ثروت بدوي: النظرية العامة للعقود الإدارية، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة١٩٦٣، ص ٨٥.

[2] د. ثروت بدوي: النظرية العامةللعقود الإدارية، ص ٨٦ أما حكم مجلس الدولةالفرنسي فهو
C.E.17 decembre, 1954, grosy,Revue, pratique du droit adminstratif 1955, No 15.

ونعتقد أنه يجابهنا في مسألة المال الخاص للدولة مسألتان أساسيتان:

١-مسألة الطبيعة الذاتية للمال وخصائصه.

٢-مسألة المال الذي يتجزء والغاية النهائية لهذا المال.

بالنسبة للفقرة الأولى نعتقد أن طبيعة المال وخصائصه هي التي تحدد الوسيلة أي الأداة القانونية التي تفصح عن الغاية، والقول بغير ذلك يؤدي إلى تمكين الإدارة من التحكم بخصائص المال ذات الطبيعة الموضوعية، وهو أمر يقوم على الخطأ والخطر لا سيما بالنسبة للأموال، حيث يتاح للإدارة التصرف بهذه الأموال وتبديدها، وهذا ما أكده الدكتور شفيق شحاته بقوله:

((إن اشتراط القرار الصريح بتخصيص المال للنفع لا يشكل معياراً لتحديد المال العام، لأنه ليس ركناً فيه، ولكنه مجرد وسيلة لإدخال المال الذي تعاملت فيه صفة المال العام إلى نطاق الدومين العام، ثم إن الأخذ بهذا الرأي معناه التسليم للإدارة بسلطة تقديرية في تحديد صفة المال العام، والواقع أننا نبحث عن خصائص المال العام الذي يمكن أن يفرض ذاته بهذه الصفة على الإدارة[1])).

إذن فالمسألة تكمن أولاً وأخيراً في خصائص المال العام، وهو الأمر الذي نجده بارزاً في المال العام الطبيعي الذي أعدته الحياة بماهيته الذاتية لأنه يحقق مباشرة منفعة عامة للمجتمع كالطرق والحدائق والساحات العامة وشواطئ البحر.

---

(1) كتابه القانون الإداري، ج١، ١٩٥٤، ١٩٥٥القاهرة ، ص ٥٧. وانظر د. طعيمة الجرف: القانون الإداري دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٨ – ص ٧٠١.

والأمر نفسه بالنسبة للأموال العامة المتصلة بأغراض المرفق العام، فتلك الأموال تفرض نفسها أيضاً بخصائصها الذاتية على الأدوات القانونية، إذ لا يمكن أن تكون عرضاً ومحلاً للبيوع أساسيات المرفق وهياكله.

ومع ذلك فإن أدق المحاولات في تخصيص المال للنفع العام هو المعيار الذي وضعه الفقيه فالين، كما سبق توضيحه، ومفاده بأن المال العام هو كل مال يترتب على تكوينه الطبيعي أو على أثر تهيئة الإنسان له أو بسبب أهميته التاريخية والعلمية أن يصبح ضرورياً للنفع العام بصورة لا يمكن الاستغناء عنه.

وإذا طبقنا هذا المعيار الأخير نجد أنه، لا ينصرف إلى المال الخاص المملوك من قبل الإدارة للأسباب الآتية:

١-إن هذه الأموال ليست مهيأة بطبيعتها أو بفضل الإنسان لأن تكون محلاً لخدمة عامة أو لغرض من أغراض المرفق العام.

٢-ليس لهذه الأموال من الأهمية الخاصة التي لا يمكن الاستغناء عنها والتي تبرر حمايتها.

أما بشأن المسألة الثانية المتعلقة بالغاية النهائية للمال واندراجه في الميزانية العامة، ثم خروجه منها لتحقيق المشاريع العامة، فهذه المسألة طرحت في مصر على يد بعض الفقهاء وفي سياق استيعاب تحولات التجربة الاشتراكية التي بزغت وآتت أكلها على يد الجمهورية العربية المتحدة، تلك التحولات التي امتدت في العمق والشمول حتى طالت فلسفة الدولة وغاياتها، ونقلت الدولة من موقعية الدولة الحارسة L'Etat gendarme إلى موقع الدولة الحامية L'Etat providence أي الدولة التي تضطلع بكافة الأنشطة بما في ذلك الأنشطة المماثلة للنشاط الخاص، وهو الأمر الذي حدا بالفقهاء في مصر للتساؤل عن ماهية المشروع العام، أياً كان نوعه ومنشؤه وطريقة إدارته، ثم ضرورة تزويده بأساليب القانون العام كي يتمكن من تحقيق أهداف الدولة.

ولعل أهم المحاولات الفقهية في هذا المضمار هي محاولة الدكتور محمد فؤاد مهنا الذي اعتبر اندماج المال في الخزينة العامة أساساً لتفسير كل نشاط للدولة، وبالتالي لصبغه بجسم القانون العام[1].

والملاحظ على هذا الرأي الأخير أنه أخذ بالأساس الفلسفي للنفع العام، وليس بالأساس الفني مع العلم أن القانون في جوهره، وقبل كل شيء هو مسألة فنية، وإلاّ كيف نميز في مجال القانون العام هذا المركز القانوني من سواه، مع أن كافة أنشطة الإدارة تبتغي الصالح العام، وبالتالي فالقول بأن المال الخاص يحقق النفع العام يعني رد كافة أنشطة الإدارة إلى فكرة واحدة، تستوي في ذلك المرافق الاقتصادية والمرافق الإدارية، وتستوي عقود الإدارة مع غيرها من العقود.

وحقيقة الأمر أن مسألة النفع العام طرحت في القانون الإداري من زاويتين:

١-من زاوية أساس القانون الإداري.

٢-من زاوية وظائف الدولة.

ولعل الذي طرح النفع العام أساساً للقانون الإداري هو الفقيه الفرنسي الكبير ((مارسيل ڤالين)) أكبر أساتذة القانون الإداري في فرنسا في الوقت الحاضر، فقد رأى المذكور أن الأساس الفني لبناء القانون الإداري، لا يوجد في فكرة السلطة العامة، ولا في فكرة المرافق العامة، وإنما في فكرة المنفعة العامة L'utilités publique وما المرفق العام إلاّ أحد الوسائل الفنية لتحقيق النفع العام.

---

[1] د. محمد فؤاد مهنا: القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، ط٣، ١٩٦٧، دار المعارف، وقد حمل كافة نظريات القانون الإداري على الفكرة الموضوعية للنفع العام.

وحقيقة الأمر أن قبول هذه الفكرة معياراً فنياً معناه أنه في كل مرّة يتوافر فيها النفع العام نكون في نطاق القانون الإداري.

ولكن الإدارة قد تلجأ إلى إبرام عقد عادي، وتتوافر في ذلك المنفعة العامة - بالمعنى الذي حدده فالين -، فلماذا لا تخضع ذلك للقانون الإداري، والأمر نفسه بالنسبة للمرافق العامة الصناعية والتجارية وأملاك الدولة الخاصة أو المؤسسات الخاصة ذات النفع العام ((الأفضل أن نستعمل هنا عبارة مصلحة عامة، وليس عبارة نفع عام)).

أما بشأن فكرة النفع العام أساساً لنشاط الدولة، فقد بحثت هذه الفكرة إلى جانب أفكار أخرى تعمل على صعيد الدولة ألا وهي:

الخير العام أو المشترك - النظام العام - المصلحة العامة[1].

ففكرة الخير المشترك bien commum أو الخير العام bien publique تمثل عموم نشاط الدولة والنظام العام صورة من صوره، أما المصلحة العامة التي يبتغيها الخير العام، فهي الأساس الذي يقوم عليه النشاط في نطاق القانون الإداري، وهي الشرط الإيجابي لشرعية التصرف الإداري، وإن كانت هذه المصلحة تظهر في صورة مختلفة أو نظم قانونية أكثر تجديداً أو تخصيصاً، فهي تارة مصلحة المرفق العام، وتارةً أخرى النظام العام، ولذلك فإنه في حين يشمل الخير العام جميع القواعد التي تستهدف خير الجماعة، فإن النظام العام يمثل طائفة من القواعد الأساسية التي يرتكز عليها المجتمع، وهو الأساس الحيوي للمجتمع[2].

أما فكرة النفع العام فقد خضعت إلى تطور عميق، ونزعت من غايات الدولة، وحصرت في ركن ضيق هو معيار الأشغال العامة ومعيار المال العام.

---

(1) د. محمد عصفور: الضبط الإداري، ص ١١٢، وما بعدها.

(2) د. محمد عصفور: الضبط الإداري، ص ٩٤، وما بعدها.

وإذن فإدارة الدومين الخاص تمثل مصلحة عامة، والأمر كذلك بالنسبة لعديد من التصرفات التي تتم لغاية مالية[1] but financier.

هذا ونشير استطراداً إلى أن فكرة النظام العام تكاد تمتزج بفكرة المصلحة العامة بالنسبة لروابط القانون الخاص.

ومن جهة أخرى فهي تتسع من نظام قانوني إلى آخر، ويظهر هذا الاتساع جلياً في الأنظمة الاشتراكية[2].

وإذا أردنا أن نجري مقارنة بين النظام العام والخير العام، أمكن القول إن الخير العام هو الغاية النهائية التي يسعى إليها النظام العام، على نحو ما تسعى إليه كل قاعدة قانونية، فالخير العام يمثل بشموله واتساعه العموم والعكس بالنسبة للنظام العام.

على أنه إذا كانت المصلحة العامة أوسع مدى من النظام العام، فإنها أساس لا غنى عنه في تحديد فكرة النظام العام، وتوجيهها التوجه الصحيح لأن السلطات التي تضيفها حماية النظام العام لا تتحرك إلاّ لحماية مصلحة عامة[3].

وإذا كان مجموع المصالح الخاصة يمثل الاختلاف، فإن المصلحة العامة هي الأمر المشترك، أو مصلحة الطائفة التي تكون أكثر رعاية[4].

أما فكرة النفع العام فقد أصابها تطور كبير نقلها من مجال غايات الدولة، وحصرها في نطاق ضيق هو ركن غايات النشاط الإداري.

---

[1] د. محمد عصفور: الضبط الإداري، ص ٩٠، وما بعدها.

[2] المرجع السابق ص ...

[3] المرجع السابق ص ...

[4] المرجع السابق ص ٩٥.

وهكذا فقد اتخذنا J - Belin الفكرة الأساس لتطبيق القانون الإداري، حيث يعتبر النفع العام معياراً للأشغال العامة، أو أحد العناصر المكونة لأفكار أساسية معيّنة في القانون الإداري. كفكرة الدومينية العامة، وإن واحداً من الأشكال المميّزة لفكرة النفع العام هو فكرة التخصيص[1].

بيد أن هذا المعيار للنفع العام – كأساس للاختصاص – ((الذي يرفض من باب أولى من الأنشطة الإدارية تلك التي لا تؤدي إلى تطبيق القانون الإداري)) لا يشابه فكرة المصلحة العامة، لأن هذه الفكرة ليست العلامة على هذه الأنشطة وحدها الخاضعة لقانون خاص.

فإدارة دومين الإدارة الخاص ((المال الخاص))، وإن كانت تخضع للقانون الخاص، إلاّ أنها تمثل مصلحة عامة، والأمر كذلك بالنسبة لعديد من التصرفات التي تتم لغاية مالية ((بالمعارضة مع غاية النفع العام التي في نظر المؤلفين الذين أخذوا بهذا المعيار))، ويخضع بالتالي للقانون الخاص، فإنها تستهدف في الحقيقة غاية المصلحة العامة، وإن كانت هذه الغاية غير مباشرة أو أكثر بعداً[2].

وهكذا يتضح من جماع ما تقدم الفكرتان الأساسيتان:

١-إن النظم القانونية تترابط فيما بينها في صورة دوائر تضيق وتتسع لتصل إلى نقطة الأساس ألا وهي الخير العام، وهذه النظم المتفرعة والمؤسسة على الخير العام هي المصلحة العامة، النظام العام، النفع العام.

٢-إن المصلحة العامة أكثر تعميماً من الفكرتين الأخيرتين.

---

(١) المرجع السابق، ص ١١٢.

(٢) المرجع السابق، ص ١٠٢.

٣-إن النفع العام صورة خاصة من صور المصلحة العامة، فهو يتميز عنها وإن كان لا ينفصل عنها، وعلى هذا الأساس، فإن وظفت المصلحة العامة في مجال المال الخاص محددة معياره إلا أنها عاجزة - بسبب عدم التخصيص المتوفر للنفع العام - أن تسود المال العام، وبذلك فالمال الخاص، وإن حقق المصلحة المالية التي هي مصلحة عامة، فهو عاجز عن أن يكون محلاً للقانون الإداري، لأنه يفتقر إلى عنصر التخصيص، ألا وهو النفع العام.

المطلب الرابع

مناقشة القانون رقم ١٠٦ تاريخ ١٩٥٨/٧/٣٠

إذا أردنا أن نذكر بالإطار التاريخي والاجتماعي الذي أرهص لهذا القانون، أمكننا القول إن دولة المتحدة - التي صدر القانون المذكور ليسري في إقليمها، حسب نص ميلادها[١] -، دولة اقتحامية قاصدين بالاقتحام هنا، المدلول المتردد في الأدب السياسي والقانوني، الذي يعني الدولة الحامية L'Etat-providence دولة التقدم، دولة الخدمات.

ويتضح أيضاً من نص ميلادها أن تلك الدولة كانت تعي نفسها وذاتها، ودورها وغايتها وكونها دولة ((كارزما)) أي قائدة مشعة متألقة، سواء كارزما عبد الناصر، أم في الوظائف التي حملتها على كاهلها.

لهذه الأسباب، ودولة دستورها صنع الحياة << كان لا بد من بروز دور السلطة التنفيذية مركزاً لإنضاج المجتمع والدولة >> وما يترتب على ذلك من نتائج أخصها تكسير الأغلال والقيود التي تبهظ إرادتها، وإعطاؤها المزيد من السعة والحركة والدينامية، وهذا هو سر الدور التشريعي لرئيس الدولة، وحقه في إصدار القرارات بقانون، ومن ذلك القرار بقانون رقم ١٠٦ آنف الذكر.

هذا هو الجذر التاريخي للقانون موضوع الدراسة، وتلك هي حمولته الواقعية ومشروطيته السياسية، وإنه إذن لأمر طبيعي أن ينعكس أثر ذلك على المادة الثانية المتضمنة ما يلي:

((يحدد الوزير المختص العقارات التي تقوم بخدمة لها صفة النفع العام، بقرار منه لا يخضع لأي طريق من طرق المراجعة)).

---

(١) نقصد بهذا النص كلمة الراحل جمال عبد الناصر الذائع الصيت بمناسبة ولادة هذه الدولة: ((دولة تبني ولا تبدد، تصون ولا تهدد، تشد أزر الصديق، ترد كيد العدو)).

وإذا فكرنا ملياً في الموضوع قلنا إن تخصيص الأموال العامة تخصيصاً حكمياً وتهيئتها للاضطلاع بالنفع العام بأداة شكلية تصدر عن الوزير المختص، هذا الأمر لا يختلف عما جاء في المادة ٨٧ من القانون المدني المصري القديم[1]، وهو أمر جد طبيعي أن ينفعل القانون رقم ١٠٦ بالتقليد القانوني السائد آنئذ في مصر.

زد على ذلك، فعلم الإدارة وثماره اليانعة – لا سيما في هذا القرن الذي أسمي بالقرن الإداري، مقابل إطلاق تسمية القرن الدستوري على القرن السابق – هذه الأدبيات توصي بإلحاح بضرورة تزويد الإدارة بمكنات من الحيوية وتحطيم أغلال وإغلاق القيود التي تثقل أيديها لتحريرها من روح الديوانية ((الروتين))، بل إن هذا العلم وهو علم الفعالية efficacité وليس علم الشرعية validité الذي هو القانون الإداري – لاينى يصر على منح السلطة التقديرية حتى لأدنى موظف من مراتب التسلسل الوظيفي – hierarchique.

وبيان ذلك أن النظم السياسية تنحو راهنياً نحو التركيز، ولكن لماذا ؟؟

لقد لوحظ من التطبيق خطر مبدأ الفصل بين السلطات في صيغته الجامدة rigid التي تجعل كل سلطة مستقلة تماماً عن الأخرى، ولذلك اتجهت النظم السياسية الحديثة صوب الفصل المرن souplesse الذي يعطي لكل سلطة من سلطات الدولة الحق في الرقابة والتأثير متبادل على السلطات الأخرى.

وفضلاً عن ذلك فقد رأت النظم الحديثة ضرورة منح السلطات مزيداً من الصلاحيات كي تستطيع مواجهة القضايا الضخمة، ولكن هذه النظم وضعت الضوابط على تلك السلطات الواسعة، ومن هنا قيل إن رئيس الولايات المتحدة يتمتع بسلطات تزيد على صلاحيات يوليوس قيصر.

---

(١) د. محمد جبرانه: حق الدولة والأفراد على الأحوال العامة، ص ١٢٤.

الخلاصة أن تركيز السلطة المقترن بشعبيتها وقانونيتها هو السمة المميزة للنظم الحديثة، وهو الأمر الذي يبرز دور السلطة التنفيذية متمثلاً في النظام الرئاسي الذي يوصف بأنه ذلك النظام الذي يميل إلى ترجيح السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية على خلاف النظام البرلماني[1].

هذا هو الإطار العام لصدور القانون رقم ١٠٦، وهو إطار يؤكد أنه صدر على ضوء الأسس العلمية، وإن كان يؤخذ عليه مأخذ واحد ، هو إغلاق سبيل الطعن وأبوابه في مواجهة قرار الوزير بتخصيص المال للنفع العام، ومما لا شك فيه أن الطعن في قرار الوزير يعني موازنة الحرية بالشرعية، ويعني في الوقت نفسه نسبية الحقائق الإنسانية وعدم إطلاقها وضرورة مواجهتها بحقائق أخرى contradictoire، وهو لب النظام القانوني وجوهره.

بعد تلك المقدمة يصح التساؤل عن ذلك المعيار الذي وضعه القانون رقم ١٠٦ للمال العام، وهنا لا بد من العودة قليلاً إلى الوراء لنذكر بالمعيار المركب الحاسم للقانون الإداري الذي يجمع بين الغاية والوسيلة، الغاية هدفاً متجسداً في المرفق العام، أو في مقتضيات الضبط ((بعض الفقهاء يعتبرون الضبط مرفقاً))، والوسيلة أداة لخدمة الفرضين السابقين.

وعلى ضوء ذلك ناقشنا رأي الدكتور ثروت بدوي الذي مال كل الميل لصالح الوسيلة ((أساليب القانون العام)).

ولعل استطراداً بسيطاً على نظرية الدكتور ثروت، تحدو بنا لتذكير القارئ بنظرية المرفق العام الفعلي service public virtuel فهو نشاط فردي يتميز باستهدافه أداء خدمة عامة، ولا يجوز ممارسته إلاّ بناءً على ترخيص من الإدارة أو لأنه يتم على مال عام[2].

---

[1] يراجع فيما يتعلق بتركيز السلطة الدكتور ثروت بدوي: النظم السياسية، القاهرة، ١٩٦٧، دار النهضة العربية – ص ٢٦٠.

[2] محمد حامد الجمل: الموظف العام – ص ٢٠٩.

ويلاحظ القارئ أن هـذا المرفـق الفعلـي - الـذي كان موضـع نقـد شديد - وخضع للتفسير الضيق، واعتبر خروجـاً علـى نظريـة المرفق العام، وأخضع لقيود صارمة، هذا المرفق لا يمكن أن يقـام إلاّ علـى المال العام.

ولنعد إلى القانون رقم ١٠٦ لنتساءل عما إذا كان هذا القانون خرج علـى المعيار المركب للقانون الإداري؟؟.

لنتصفح القانون المذكور، نجـد أنـه أضفـى أسـاليب القـانون العـام على تلـك العقـارات التـي ((أنشئـت لتقـوم بخدمـة لـها صفـة النفـع العام)).

وهذه الأساليب التي أسبغها على الأداة القانونية هي اشتراط الترخيص ثـم حق التنفيذ المباشر.

وفضلاً عن ذلك فقد تعرض القانون آنف الذكر إلى ركن الغاية، ألا وهـو تحقيق النفع العام.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: ماذا لو أضفى الوزير صفـة النفـع العام على مال خاص مملوك للإدارة، فهل يكتسب العقار السمة العامـة لمجـرد اقترانه بالأساليب العامة، أم يجب أن يتوفـر شـرط الغايـة، ألا وهو تحقيـق النفع العام؟

في نظرنا إنه لا يجوز انطلاقاً من طبائع الأشياء، اعتبار الوسـيلة هـي ركن التخصيص للنفع العام، باعتبارها لا تعدو أن تكون آلية وأداة لإدخال المـال الذي تكاملت فيه صفة المال العام.

على هذا الأساس فنحن مع الأستاذ خالد عبد الله خالد فيما يتعلق بسـؤاله الذي طرحه وانتظر له الجواب، والتساؤل: هل يجوز أن يكون مالاً عاماً تلـك الدكان المملوكة للدولة في سوق الهال؟؟

يجيب الأستاذ خالد بالنفي استناداً إلى نظرية المال الذي لا يمكن أن يسد مسد مثله[1]، وإن كان المذكور ضرب هذا المثل للإحراج ليس إلاّ بدليل أنه لم يسق الأمثلة الأخرى التي تدور في فلك هذا الموضوع.

ومع ذلك هذه الدكان يمكن أن تكون من أموال الدولة العامة إذا نظم نشاطها وأخضع لرقابة وتوجيه وتحديدات وضوابط تتصل بالحاجة العامة، كأن يتقيد المرخص له بمواعيد معينة للعمل، وبأن يبيع بسعر محدد سلعة معينة، وغير ذلك من الأمور التي يمكن أن تخدم فئة معينة من الناس كطلاب المدارس، أو طبقة من العمال، أو من ذوي الدخل المحدود، وذلك لتوفير سلعة محددة ودوام اطّرادها وانتظامها.

والأمر نفسه بالنسبة للمثل الذي يضربه الفقه المصري، والمتمثل في سيارة خاصة ملزمة بالعمل في شارع عام لتأمين نقل طلاب المدارس في حدود ضوابط وتوجيهات يلتزم بها السابق من أجل تأمين الغاية المطلوبة، وكذلك تخصيص شركة الطيران سيارات معينة لنقل ركابها إلى المطار، فقد اعتبر هذا النشاط مرفقاً عاماً (النشاط التابع)[2].

ولكن ماذا لو عمد الوزير إلى تخصيص المال الخاص للنفع العام شكلاً دون أن يقترن ذلك بنتيجة موضوعية يتم من خلالها تأدية المال للنفع العام؟

يجيب على ذلك الأستاذ حسن حلبي بقوله: ((إذا انصب العقد على مال خاص لم يخصص للنفع العام طبقاً للقرار بقانون رقم ١٠٦ لعام ١٩٥٨ كان العقد عقد إيجار وخضع لقوانين الإيجار النافذة، وأما إذا كان محل العقد هو

---

[1] كتابه عقد الاستثمار، ص ٨٠، وكان الأفضل استعمال المصطلح السائد في الفقه الإداري، ألا وهو النشاط المماثل.

[2] محمد حامد الجمل: الموظف العام، ص ٤٣٤ – وانظر فتوى القسم الاستشاري في مجلس الدولة المصري سنة ٤ و ٥ ص ١٠٦ وسنة ٦ و ٧ ص ٢٠٩.

الانتفاع بملك خاص خصصه الوزير للنفع العام طبقاً للقرار بالقانون آنف الذكر، خرج عن دائرة تطبيق قوانين الإيجار وخضع لأحكام قوانين الإدارة[١])).

هكذا نفهم من النص السابق أن الأستاذ حلبي أخذ بنظرية الدكتور ثروت بدوي التي سبق التدليل بها، والتي تأخذ بأساليب القانون العام ليس إلاّ من أجل تطبيق القانون الإداري وإرساء معاييره وأسباب انطباقه، وبالتالي تصبح تلك الأساليب غاية في ذاتها، وترتد القهقرى إلى التمييز بين أعمال السلطة العامة theorie des actes de puissance publics وأعمال الإدارة العادية actes de gention pour declarer L, E tat debiteur تلك النظرية التي أصبحت في نظرنا في ذمة التاريخ[٢].

إن المعيار المركب الذي وضعه القانون رقم ١٠٦ لا يختلف في الجوهر عن المعيار الذي وضعته المادة ٩٠ من القانون المدني السوري لجهة التعاون بين ركني الوسيلة والغاية في خدمة المال العام، اللهم إلاّ لجهة الأداة القانونية حيثُ أصبحت تلك الأداة قراراً يصدر عن الوزير بعد أن كان يصدر في صيغة مرسوم.

وبالطبع فالشيء الوحيد الذي ننعي عليه في القانون رقم ١٠٦ هو إغلاق أبواب الطعن في مواجهة قرارات الوزير.

ومع ذلك فعلينا أن نعانق وأن نتلمس ونستشف روح القانون رقم ١٠٦، ووسيلتنا لاكتناه تلك الروح هي أن هذا القانون تعامل فقط مع العقارات التي أنشئت بداءة لتقوم بخدمةٍ لها صفة النفع العام، وبذلك والتفسير هنا هو تحديد روح المجال، ولكل مجال روحه وضميره –، يأخذ طابعاً مضيقاً يمتنع معه

---

(١) كتابه الإخلاء، ص ٥٦ و٥٧.

(٢) د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٢، ١٩٧٩، ص ٦٨١.

التوسع، وكأن القانون رقم ١٠٦، استشعر ضرورة حماية تلك الأموال المنشأة بداءة لتأدية خدمة عامة، فهرع لمنح الوزير تلك الصلاحية، كما منحه صلاحيات أخرى تتيح له السعة والمرونة والانطلاق في توظيف تلك الأموال لتأدية الحاجات العامة.

وفي نظرنا فالمادة ٩٠ من القانون المدني السوري هي القاعدة الأم في تحديد المال العام، أما القانون رقم ١٠٦، فهو أداة مشتقة من هذا المجرى العام، ودليلنا على ذلك أن المشرّع كلما استشعر بضرورة إيجاد تنظيم خاص، هرع إلى ذلك وأولى ذلك التنظيم استثناءات معينة تتفق مع طبيعته، وهذا ما فعله بالنسبة لإيجار الأموال العامة العائدة للخطوط الحديدية، وبذلك أقام المشرّع حدّين، الأول هو المرسوم المتمثل في دائرة القانون المدني، والثاني هو التنظيم الاستثنائي الجديد لتلبية الظروف المستجدة.

إذن فالمسألة أولاً وأخيراً، لا تقف عند الركن الشكل المتمثل في قرار الوزير الذي يسبغ النفع العام على المال، ولا بد لهذا الإسباغ من الانطلاق من حقيقة موضوعية قائمة على الواقع، ألا وهي تقديم حاجة عامة للجمهور من خلال مرفق عام شكلي أو موضوعي، كما سنحدد.

وإذا ذهبنا بعيداً في الحفر الفقهي واجهنا بعض الفقهاء الذين لا يجدون في الدولة إلاّ مبرراً واحداً، هو إقامة المرافق العامة، وهذا ما أكده ((ديجي)) - صاحب مذهب التضامن الاجتماعي - بأن الدولة مجموعة مرافق عامة.

ويتساءل هذا الفريق، ما هو المبرر لهذا الشخص، أن يفرض إرادته على الآخرين؟؟؟... هذا المبرر يكمن فقط في إدارة المرافق العامة وفي حدود تلك الإدارة.

وهكذا يكشف ((ديجي)) عن خطورة النهج الذاتي في الاعتماد على نية الإدارة واتجاهها في إدارة المرفق لبحث عن فاعل موضوعـــي، هـو الحاجـة العامة[1].

وإذا رجعنا إلى القانون ١٠٦ لمكننا القول إن الوزير يسبغ النفع العام على العقارات التي أنشئت لتؤدي خدمة عامة، ليس إلاّ، وفيما عدا ذلك، نرجع إلـى القاعدة الأم في المادة ٩٠ من القانون المدني، وعلى هذا الأسـاس فلسـنا مـع محكمة النقض السورية التي ميزت بين أمرين[2]:

١-أن يكون المحل قد أسبغ عليه صفة النفع العام بقرار مـن الوزيـر المختص وفق القرار بقانون رقم ١٠٦.

٢-أن يكون المحل لم يصدر بشأنه قرار وزاري.

ففي الأمر الأول قطعت محكمة النقض بأن العقد هو عقد إداري، أما فـي الأمر الثاني فهي تنظر إلى العقد، فإن غلبت فيه مصلحة الإدارة، بأن كان مـن مقتضاه إدارة مرفق عام أو خدمة مصلحة عامة فهو عقد إداري.

ومن جهة أخرى فالملاحظ على النص الأخيـر أنه ردّد العبارات الآتيـة:

((غلبت مصلحة الإدارة، خدمة مصلحة الإدارة)).

وكان الأفضل أن تختفي تلك العبارات، وأن يظهر مصطلح واحـد هـو النفع العام، وأما المصلحة العامة فهي عاجزة في إطار أموال الدولة أن تؤسـس الأموال العامة.

وهذا الأمر وقع فيه الأستاذ حلبي حيثُ يقول: ((فإذا تبين للقاضي أن الحكومـة أجّرت الملك الخاص على أنـه محـل تجـاري أو صنـاعي، ولـم تشـترط

---

[1] محمد حامد الجمل: الموظف العام، المرجع السابق، ص ١٩٣.

[2] أنظر في هذا التمييز الأستاذ خالد عبد الله خالد، عقد الاستثمار، ص ٧٥.

شيئاً لمصلحة عامة أو لم يظهر من الإيجار أنها تريد إدارة مرفق عـــام، طبــق على العقد أحكام قانون الإيجار[1].

وكما قلنا سابقاً فقد كنا نفضل أن يستعمل الأستاذ الحلبي مصطلح النفـــع العام ليس إلاّ.

ويتضح من الفقرة الأولى من القانون رقم ١٠٦، أنها اشترطت، أن يكون المال مملوكاً للدولة والبلديات أو المؤسسات العامة، وبالتالي فإذا كان صـــاحب المال ليس من الجهات آنفة الذكر كأن يكون نقابة من نقابات المهن الحرة، ثم قام المذكور بإعداد المال وتهيئته لتلبية حاجة عامة، فالأداة القانونية المتعلقة بذلك لا تتسم بالطبيعة الإدارية.

وحقيقة الأمر أن الأصل في تصرفات القانون الإداري أن تكون صـــادرة عن شخص من أشخاص القانون العام الإقليمية (الدولة، المحافظـــة، المدينـــة، القرية) أو من الأشخاص المصلحية (المؤسسات، والهيئات العامّة).

ومع ذلك فقد اعترف القضـــاء بقيـــام أشخـــاص معنوية عامـــة أخرى بسبب انتشـــار الأفكار الاشتراكيـــة والاقتصـــــاد الموجـــه عقـــب الحربيـــن العالميتين الأخيرتين، وهو الأمر الذي أدى إلى ظهـــور منظمات جديدة تشـــرف على كثير من نواحي النشاط الخـــاص، وتتمتـــع بعـــدد كبير مـــــن السلطات العامة.

على هذا الأساس فقد ذهب مجلس الدولة الفرنســـي في حكميه الشـــهيرين في قضيتي .... إلى أن تلك المنظمات تعتبـــر مـــن أشخـــاص القـــانون العام[2].

---

[1] كتابه أنف الذكر، ص ٥٧ و٥٨.

[2] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، صفحة ٥٥.

وبهذا المسلك حكمت محكمة القضاء الإداري المصرية فيما يتعلق بالنقابات المهنية المختلفة كنقابة المحامين والأطباء والمهندسين ...الخ، وبطرخانة الأقباط الأرثوذكس، والمجلس الملّي العام، والمجلس الصوفي الأعلى[1].

وفضلاً عن ذلك فقد صدر في مصر القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ الذي أعطى بعض الأشخاص المعنوية الخاصة التي ترعى النفع العام، أعطى لها بعض اختصاصات السلطة العامة (عدم الحجز على أموالها أو تملكها بالتقادم، وحقها في الاستملاك للنفع العام).

كذلك فقد أضفى القضاء الفرنسي الصفة الإدارية على عقد من العقود الذي قامت به الإدارة لصالح شخص من أشخاص القانون الخاص[2].

وأخيراً، فقد لا تظهر الإدارة في عقد من العقود، ومع ذلك يعتبر العقد إدارياً إذا كان أحد طرفيه يتعاقد لمصلحة الإدارة.

ومن تطبيقات ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الذي جاء فيه:
((متى كان الثابت أن وزارة التموين - بصفتها المشرفة على مرفق التموين - تدخلت في أمر سلعة الشاي، واتخذت من الإجراءات، وأصدرت من التشريعات ما رأته كفيلاً بتحقيق ما تهدف إليه من توفير سلعة من السلع مع ضمان وصولها إلى المستهلكين بالسعر المحدد، وقد استعملت في سبيل ذلك سلطتها في الاستيلاء على هذه السلعة، ووضعت القواعد التي تحكم تنظيم تداولها وتوزيعها، وعهدت بذلك إلى لجنة توزيع الشاي، ثم المعنيين الذين أصبحوا مسؤولين عن توصيل هذه السلعة، متى كان الثابت ما تقدم، فإن ذلك في حقيقته يتضمن أمراً بتكليف هذه اللجنة بخدمة عامة، ومن ثم تكون الاتفاقات والعقود التي تقصدها تلك اللجنة هي عقود إدارية[3])).

---

[1] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، صفحة ٥٦.
[2] محكمة التنازع الفرنسية: ١٩٥٢/٣/٢٧، قضية: office national de la navigate
[3] السنة العاشرة، المجموعة ص ٣٠٧.

إذن فالقانون الإداري، أخذ يكتسب مواقع جديدة في قلب مجالات القانون الخاص، ومع ذلك فنحن في دائرة القانون رقم ١٠٦ محكومون بالتعداد الذي قام به، لجهة الأشخاص الإدارية، ولا يجوز التوسع في أحكام ذلك القانون فيما يتعلق بأشخاص القانون العام الذين جاء على ذكرهم.

وهنالك نقطة أخيرة دلل بها الأستاذ خالد، وتتعلق بمفهوم النفع العام لدى القانون رقم ١٠٦، فهذا المفهوم يستهدف في نظرة تنمية موارد الخزينة، يقول المذكور: ((وإن القرار بقانون جاء لتحقيق إمكانية استفادة الدولة من ريع عقاراتها، أي تنمية موارد الخزينة[1])).

وفي نظرنا إن الأستاذ خالد اختزل وبسط فكرة النفع، وتلمسها في تحقيق الغايات المالية للدولة، وهي غايات ثانوية إذا ما قورن الأمر بالحاجات العامة الثقافية والرياضية والاجتماعية وغيرها.

وفي الحقيقة إن كافة النظم السياسية تعقد للسلطة التنفيذية أمر تحقيق النفع العام وتأمين الحاجات العامة، والخلاف بين هذه النظم في المظهر والدرجة وليس في الماهية والجوهر، وهو الأمر الذي نراه على استحياء في الدولة الليبرالية بصفتها دولة حارسة:L'Etat gendorme، كما نجده بوضوح وجلاء في الدولة الحانية L'Etat providence لا سيما الدولة الاشتراكية أو التدخلية.

وإذا رجعنا قليلاً إلى الفقه الإسلامي، نراه قد أدرك مبكراً ذلك، وهذا ما يتضح جلياً بالأصل الفقهي الذي حدد أهداف الدولة بأنها: جلب المنافع (المرفق العام)، ودرء المفاسد (سلطة الضبط).

وهذا هو أساس علم الدولة: Stateobogy، ثم انفعال الدساتير الوضعية بهذا المبدأ القانوني، وتصدي السلطة التنفيذية للاضطلاع بمهام المرفق

---

[1] كتابه الاستشار، ص ٨١.

العام، وهذا هو السر الكامن في تطور فكرة المرفق العام تطوراً عميقاً وجذرياً يتلاءم مع تلك الظروف المستجدة والغايات العميقة للدولة، ثم خروج هذا المرفق عن المدلول الشكلي ليتضح بحقائق موضوعية تتفق مع مقتضيات التطور الجديد، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في ١٩٥٢/٢/٢٦ المتضمن: ((لم تعد المصالح العامة محصورة في نطاقها التقليدي، فقد أدى نمو حاجات الأفراد إلى إنشاء مرافق ومصالح مختلفة النظم والأغراض لسد هذه الحاجات المختلفة، ومنها حاجات اقتصادية وأخرى ثقافية وصحية واجتماعية، فقد أوجبت على الدولة أن تتجاوز ميدان نشاطها الإداري البحت إلى ميادين أخرى كانت وقفاً على النشاط الفردي، وقد كثرت هذه المرافق والمصالح الجديدة في صورة مؤسسات عامة لأنها أيسر تحقيقاً لتلك الأغراض المختلفة)).

ولقد انبرت المحكمة المذكورة لتحديد التطور الذي طرأ على فكرة المرافق العامة، تقول هذه المحكمة: ((إن المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة وتشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة لا يقصد الربح، والصفات المميزة للمرفق العام، هي أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام أي أن يكون غرضه سد حاجات عامة، وإن التطور الحديث في الفقه والقضاء اعترف بصفة المرفق العام، للمرفق الصناعي والتجاري مع أنه يعمل لتحقيق الربح))، ولكن الواقع في الأمر أن الهدف الرئيس لمثل هذه المرافق ليس تحقيق الربح، بل تحقيق المنفعة العامة، أسوة بكل المرافق العامة، وما الربح الذي يحققه إلا أثر من الآثار المترتبة على صبغة المرفق[1])).

---

[1] السنة السادسة، المجموعة، ص ٥٣٤.

إذن هنالك تطور عميق في فلسفة الدولة ووظائفها ونشاطها ليبرالية كانت أم اشتراكية، وقد انعكس ذلك على تحديد فكرة النفع العام، ومفهوم المرفق العام الذي اتسعت آفاقه وأخذ يكتسي معالم موضوعية لا شكلية مناطها إشباع الحاجات العامة المتزايدة وبصورة مطردة ومنتظمة، وهو الأمر الذي أدى إلى تراجع الوظيفة المالية للدولة، وانحسارها أمام ضغوطات الوظائف الأخرى، وهكذا برزت الدولة الوظيفية أو المتدخلة القوامة على تأمين الحاجات العامة للجمهور في أشكال ومظاهر متنوعة تختلف من دولة إلى أخرى، كل ذلك قاد التطور إلى مواقع فنية وصياغية جديدة تجلت بإعطاء الإدارة مزيداً من السلطة التقديرية لتتمكن من إشباع الحاجة العامة، وهكذا وجدنا كافة دول العالم تتبارى في إعطاء السلطة التقديرية للإدارة من أجل تحقيق النفع العام، وخاصة في إطار الاستملاك.

ونحن بدورنا سنقوم بجولة صغيرة نتناول فيها أمر السلطة التقديرية، وما يتفرع على ذلك من حدود الرقابة القضائية على تلك السلطة، وهدفنا من ذلك التأكيد بأن القانون رقم ١٠٦ لجأ إلى ذلك في إطار هذا التصور لطبائع الأشياء.

وبمعنى أوضح فإن إعطاء القانون ١٠٦ لوزير سلطة تقدير النفع العام، هذا الأمر جاء متسقاً مع توسيع غايات الدولة وأهدافها، مع التنويه بأنه إذا لم يكن للقضاء الحق في مراقبة السلطة التقديرية في ذاتها، أي سلطة الوزير في تقرير النفع العام، فهذا لا يعني أن تلك السلطة تحكمية arbitraire، بل إن ذلك الوزير لا يستطيع إثبات النفع العام على حالات لا تمت إلى ذلك بصلة.

فقط يقرر الوزير النفع العام في نشاط: رياضي أو سياحي أو ثقافي أو غير ذلك، فهنا لا يستطيع القضاء أن يراقب التقدير في ذاته، ويقول إن هذا النشاط الثقافي أو غيره لا تتوفر به حقيقة النفع العام.

ولكن القضاء في نظرنا يراقب سلطة الوزير إذا أسبغ النفع العام على مال خاص، وكان متبت الصلة جذرياً بالنفع العام، كما أن القضاء يستطيع الرقابة على شكل التقدير، أي الإجراءات التي اتخذها في ذلك، أي يجب أن لا تخلط بين التقدير الموضوعي الذي أجرته الإدارة في ذاته، وبين الظروف والملابسات التي يتم فيها التقدير، فالأمر الأول هو من إطلاقات الإدارة في حدود التعسف، أما الأمر الثاني فهو شرط شكلي على كيفية إجراء التقدير[1].

بعد هذه المقدمة الطويلة نسبياً – وهي مقدمة تساعدنا في إعمال قواعد التفسير – يمكننا أن نتقدم خطوة جديدة للتعامل المباشر مع القانون رقم ١٠٦، وفي هذا الصدد نتساءل عن المعيار الذي وضعه القانون المذكور لتحديد الأموال العامة.

لا بد من التنويه، بأن القانون آنف الذكر قيد الإدارة في إسباغ السمة العامة، بالقيدين الآتين:

١-أن تكون العقارات قد أنشئت لتقوم بخدمة لها صفة النفع العام.

٢-أن تكون مملوكةً للدولة والبلديات والمؤسسات العامة.

وفي نظرنا أن القانون رقم ١٠٦ شعر بالحرج من إطلاق يد الإدارة في إسباغ السمة العامة، ثم تحصين ذلك قبل كل طعن قضائي، لذلك فقد قصر اختصاص السلطة الإدارية على العقارات التي أنشئت لتقوم بخدمة لها صفة النفع العام.

ما هو مصير العقارات التي لم يتوفر فيها الشرط الأخير؟ ((أنشئت لتقوم بخدمة عامة))، وكيف تتعامل الإدارة حيالها ؟؟

---

[1] د. الطماوي: نظرية القرارات الإدارية، ط٣، ١٩٦٦، ص ٨٢.

في نظرنا أن هنالك معيارين، المعيار الذي وضعه القانون رقم ١٠٦، ثم المعيار الفقهي العام الذي يخضع لكتلة الشرعية:Bloc de l'eojalit، أي لمجموعة المبادئ والأصول والأسس التي تحكم النظام الإداري والتي أشادت صرح هــذا النظام.

فهذه الأصول والمبادئ تؤكد أن الأموال العامة للدولة لا يجوز التصــرف بها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم، كل ذلك حماية لها من العبث بها، وحتــى تضمن تحقيق النفع العام، وبالطبع تستثني من تلك التصرفات تلك التي تتعارض مع تحقيق النفع العام، كما سبق توضيحه، فمثلاً يمكن تكليف الأمــوال العامــة بحقوق ارتفاق شريطة ألا تتعارض مع الغرض الأصلي.

تبقى نقطة أخيرة تتعلق بالمعيار الشكلي المنفرد والأمر الذي تسبغ بموجبه الإدارة السمة العامة على المــال دون أن تنطلــق في ذلــك مــن الخصــائص الذاتية للمال.

فهذا المعيار – كما قلنا سابقاً – محمول على أعمال الســلطة: actes de autorité، ففي نظر أصحاب هذا المعيار أن الإدارة تقوم بنوعين من الأعمـــال، فهي تارةً تأمر وتنهى وتمارس سلطتها وسلطانها، وتارةً أخرى تخلع عن نفسـها رداء السلطة والجبروت وتنزل إلى مستوى الأفراد، وتتعامل معــهم بالشــروط نفسها التي يتعامل بها الأفراد فيما بينهم[1].

والإدارة حينما تصدر الأوامر والنواهي، أي حينما تظهر بمظهر السلطان وتقوم بأعمال السلطة، لا يجوز إخضاعها لاختصاص المحاكم العادية.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: ما الشأن بالنسبة للعقود الإدارية التي تقوم على عنصر التراضي؟؟

---

[1] د. سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٢، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٦٥، ص ٣٢.

لهذه الأسباب فقد هزم هذا المعيار وهجر لمنافاته منطق الحياة وضرورتها.

وحقيقة الأمر أن فكرة السلطة العامة أصبحت موضع نقد وتطور عميق فلم تعد فكرة نظرية، فلسفية، سياسية بل فكرة فنية قانونية.

فمعيار السلطة العامة في صورته الجديدة يستند إلى المدلول الفني، أي الوسائل والأساليب التي تستخدمها السلطة العامة.

فمعيار السلطة العامة لا يقوم على تلك الفكرة النظرية الوهمية أو التصورية التي سادت زمناً طويلاً في الفقه، والتي كانت تعتبر السلطة العامة مجرد تعبير عن الإرادة العليا للحكام، وتنظر إلى هذه الإرادة على أنها في جوهرها وطبيعتها تختلف عن إرادة الأفراد. أما التطور الجديد فينظر إلى السلطة العامة على أنها مجموعة من الاختصاصات الخارقة أو غير المألوفة في القانون الخاص[1].

والخلاصة إن القول بان الإدارة تحدد بإرادتها المنفردة المال العام دون الأخذ بعين الاعتبار بخصائص المال، هذا القول ينتمي إلى فكرة السلطة العامة الإيديولوجية والسياسية والعلوية، وهي فكرة لا تلامس أو تعانق الحياة، بل كثيراً ما تلوي عنقها وتبتسر خصائصها متنكرة لطبائع الأشياء والعناصر المركوزة فيها، وهذا الأمر لا يمكن أن يتخذ أساساً لتحديد المال العام.

---

[1] د. ثروت بدوي: مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٦، ص ٣٤.

المطلب الخامس

الرقابة القضائية على ركن السبب في القرار الإداري

وحقيقة الأمر أن الرقابة على القرارات الإدارية لركن السبب تدخل في إطار الرقابة على التكييف القانوني للوقائع، وفي هذا الصدد فقد قسم الفقيه اليوناني استاسينوبولس أسباب القرار الإداري إلى قسمين، القسم الأول يقوم على وقائع تتسم بالوضوح بحيث لا يحتاج القاضي إلى أية عملية عقلية معقدة لتحديد تلك الأسباب مثل النص على ارتفاع معين بالبناء شرطاً لمنح الرخصة.

وفيما عدا ذلك يمكننا أن نواجه نصوصاً تحتاج إلى مزيد من الإدراك والتحليل لفهم مضمونها، كأن ينصّ القانون على أن تخلي الفلاح عن الأرض التي سلمت له يؤدي إلى سقوط حقه، وهنا يثور تساؤلنا عن المدة التي يتوفر بها شرط هذا التخلّي.

هذا التمييز بين إدراك المحسوسات، وإدراك الأفكار يلقي الضوء على مسألة التمييز بين الوجود المادي للوقائع وبين تكييفها القانوني.

ذلك أن الإدارة، وهي تواجه النصوص، لا بد لها من أن تستقر على تفسيرها، وهنا قد تواجه أفكاراً عامة وموسعة ((النفع العام، الصحة العامة، المصلحة العامة، الموظف الأكثر كفواً، المحلات المقلقة للراحة[1]. ومن ثم فتحديد هذه النصوص لا يمكن إتمامه إلاّ بمساهمة عناصر شخصية – ذاتية تختلف باختلاف الأشخاص الذين يقومون بهذا التقدير، مع التأكيد بأن إقحام العنصر الشخصي قد يتضمّن خطر التحكم، والقاضي برقابته على التكييف القانوني للوقائع يوازن بين ضمانات الأفراد – بعدم تحكم الإدارة – وبين حرية الإدارة في التقدير.

---

[1] د. عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ١٩٧١، القاهرة، دار النهضة العربية.

ومع ذلك، فالقاضي الإداري يمتنع في بعض الحالات عن ممارسة رقابته على التكييف القانوني، وهو حين يكتفي بفرض رقابته على صحة الوجود المادي للوقائع واحتمال مد رقابته على التكييف يقدم ضماناً ضد التحكم.

والقاضي حين يكتفي بذلك، ولا يمارس الرقابة بالفعل على التكييف، يمنع الإدارة بالفعل من التحكم بجعلها الأبيض أسود، ولكنه في الوقت نفسه لا يعدم سلطتها التقديرية بأن تمارس قسطاً من حرية الحكم على القيمة القانونية للوقائع[1].

غير أن مجلس الدولة الفرنسي عند امتناعه عن ممارسة الرقابة على التكييف يستند إلى تعليلات مختلفة، فهو تارة يذهب إلى أن القاضي لا يراقب - فيما يتعلق بشرعية القرار الموضوعية -، إلاّ الخطأ القانوني وصحة الوجود المادي للوقائع، ثم عيب الانحراف في السلطة، وهو تارة أخرى يشير إلى أن أية رقابة يجريها فيما وراء الرقابة على صحة الوجود المادي للوقائع إنما تنطوي على تدخل في تقدير ملاءمة النشاط الإداري، مما يخرج عن نطاق اختصاصه في الرقابة على أعمال الإدارة[2].

وعلى خلاف ذلك، فمجلس الدولة المصري يراقب الوجود المادي للوقائع وصحة تكييفها القانوني، وإن كان هذا المجلس قضى في حكم حديثٍ بأن رقابته على أعمال الإدارة تتفاوت، تبعاً لما إذا كانت تلك الإدارة متمتعة بسلطة تقديرية أم باختصاص مقيد، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر: ((إن الرقابة القضائية ليست على قدر واحد بالنسبة لجميع التصرفات الإدارية، بل تختلف تبعاً لما تتمتع به الإدارة من حرية وتقدير في التصرف، فهي

---

[1] د. عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ١٩٧١، القاهرة، دار النهضة العربية، ص٣٩٣.

[2] د. عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ١٩٧١، ص٣٩٤.

تطبق حقيقة في مجال السلطة التقديرية حيثُ لا يلزم القانون الإدارة بنص يحد من سلطتها أو يقيد حريتها في وسيلة التصرف أو التقدير، إلاّ أن هذا لا يعني أبداً أن سلطتها مطلقة، وأن الرقابة القضائية تكون في هذه الحال منعدمة، بل إن هذه الرقابة موجودة دائماً على جميع التصرفات الإدارية، لا تختلف في طبيعتها بل في مداها، وهي تتمثل في هذا المجال التقديري في التحقق من أن التصرف محل الطعن يستند إلى سبب موجود مادياً وصحيح قانوناً، وأنه يستهدف الصالح العام))[1].

بيد أن مجلس الدولة المصري إذا كان يلتزم بذلك قاعدةً عامة، إلاّ أن هذه القاعدة لم تكن مطلقة، لا يرد عليها أي استثناء، بل على العكس من ذلك فقد خرج هذا المجلس في كثير من الأحيان على مقتضى تلك القاعدة، عندما وجد أن المقتضيات العملية تدعوه إلى أن يترك الإدارة حرة في شأن عملية تكييف الوقائع، ويعلل المجلس المذكور اقتناعه هذا بحجج مختلفة، إذ يشير أحياناً في حيثيات أحكامه إلى أن سلطة الإدارة في التقدير مطلقة من كل قيد، أو أنها من اطلاقات الإدارة، كما أنه يشير أحياناً إلى أن هذه الوقائع من الملاءمات المتروكة للإدارة، بحيثُ لا يحد سلطتها إلاّ قيد إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، وأخيراً يذهب في بعض الحالات إلى أن أي تجاوز منه في ممارسة رقابته على الوقائع فيما يتجاوز التحقق من صحة الوجود المادي، هذا التجاوز يعتبر تدخلاً منه في تقدير ملاءمة النشاط الإداري المتروك تقديره للإدارة على وجه الاستقلال[2].

إذن هنالك سياسة قضائية[3]، ومن الصعب جداً التعرّض في هذا المقام

---

(1) العليا في مصر: ١٩٦٨/٥/٢٥، قاعدة ٣٧٤، السنة ١٣، المجموعة السنة ١٣ ص ٩٨٢.

(2) د. عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية ٣٩٧.

(3) د. عبد الإله الخاني: القانون الإداري، المجلد ٣، ص ٤٦٣.
C.E.21 November, 1952, Sieur,Marcon, R.P. 524

الضيق إلى تعاريج تلك السياسة، سواء لدى القضاء الفرنسي أم المصري، وحسبنا التعرض لبعض تلك المواقف.

البند الأول

لدى القضاء الفرنسي

١- قرارات الضبط الخاصة بالأجانب:

لقد رفض مجلس الدولة الفرنسي الرقابة على تلك القرارات فيما يتجاوز الوجود المادي للوقائع، كمنع الأجانب من الدخول إلى فرنسا[١]، ثم تقييد إقامته[٢] ثم حل الجمعيات المؤسسة من قبل الأجنبي، ثم طرد الأجانب، ثم القرارات الخاصة بمنع ترويج وتوزيع بيع الصحف كالمحررات الأخرى من قبل مصدر أجنبي، وأخيراً قرارات رفض منح الترخيص اللازم لممارسة الأجنبي الأعمال التجارية[٣].

ولقد وقف مجلس الدولة الفرنسي الموقف نفسه بالنسبة لرقابته على قرارات رفض الإدارة استصدار جواز سفر لصالح المواطنين الفرنسيين، لأن السلطة المختصة هي التي تقدر ما إذا كان سفر الفرنسي إلى الخارج يضر بالأمن العام أم لا، وليس لمجلس الدولة إلاّ أن يبحث من خلال أوراق الملف عما إذا كان القرار المطعون فيه قد أقيم على أساس وقائع موجودة ومنعدمة مادياً[٤].

---

[1] C.E. 12 Juin, 1953, Dame de Savitch, R. 281.
[2] C. E. 22 Avril, 1950, assosciation. France, R. P.20.
[3] E, 4 Juin, 1954, Jodoux et Riaux, R, P. 346
[4] C. E, 4 Juin, 1954, Jodoux et Riaux, R. P. 346

٢- الرقابة على بعض القرارات المتعلقة بالوظيفة العامة:

يمارس القاضي الإداري في فرنسا في هذا المجال رقابة عادية على أسباب القرارات الإدارية، أي أنه في الوقت الذي يراقب فيه صحة الوجود المادي للأسباب فهو يراقب تكييفها القانوني، وإن كان يقف في رقابته عند حد الرقابة الدنيا: minimum بالنسبة لبعض المواضيع مكتفياً بذلك بالرقابة على صحة وجود الوقائع من الناحية المادية، وهذا ما يتضح من إجراءات الاشتراك في المسابقات المعدّة للدخول إلى الوظيفة العامة، مع التنويه بأن القضاء الإداري الفرنسي غزير في هذه الناحية[1].

٣- الرقابة على الهيئات والمنظمات الخاصة:

هنالك حالات في هذا المجال يقف فيها القاضي عند الرقابة على الوجود المادي للسبب، وهذا ما يظهر في القرارات المتعلقة بسحب الاعتراف في الجمعيات الخاصة بالرهبنة: congration religieuse [2].

٤- قرارات الإنعام بالأوسمة:

لا يمارس القاضي الإداري في هذا المجال إلاّ الرقابة الدنيا، أي الرقابة المادية على الوقائع[3].

٥- القرارات الإدارية ذات الصفة الفنيّة:

لقد أمسك مجلس الدولة الفرنسي عن البحث في التكييف القانوني للقرار الصادر عن اللجنة المختصة في مسرح الكوميدي فرانسيز، والمتضمن رفض الترخيص لإحدى المسرحيات[4].

---

(1) C. E, 4 Juin, 1954, Jodoux et Riaux, R. P. 346.
(2) C.E, 18 Fevrier, 1962, Dame. reduc, R, 194.
(3) د. عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة، ص ٤٠٢.
(4) C.E, 19 Janvier, 1954, Sieur. Palaparp, R, P.118.

البند الثاني

مجلس الدولة المصري ومسالة رقابته على التكييف القانوني للسبب في القرار الإداري

ولقد تعددت المجالات التي مارس بها ذلك المجلس هذه الرقابة، وفيما يلي بعض هذه المجالات:

١- في مجال الوظيفة العامة:

وبالذات فيما يتعلق بمسألة تخطي الناجحين في المسابقة، فقد رفض المجلس ممارسة رقابته، اللهم إلا في حدود إساءة استعمال السلطة[1].

والأمر نفسه بالنسبة لتثبيت الموظف الموضوع تحت الاختبار[2]، وبالنسبة للقرارات المتعلقة بالنقل المكاني[3]، ثم قرارات توزيع العمل بين الموظفين[4].

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٣/٣/٣١، قاعدة ٢٥٣٦، السنة٦، مجموعة أبي شادي.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٣/١/٥، مبدأ ٦٥٧ و ٦٥٨ قاعدة ١٠٢٥، السنة ٨، مجموعة السنة الثامنة، ص ٤١٦.

(3) حكم محكمة القضاء الإداري: ١٩٤٨/٥/١٢، قاعدة ٣٢٨، السنة الأولى، مجموعة السنة ٢، ص ٦٦٦.

(4) حكم المحكمة الإدارية العليا: ١٩٦٥/٦/٥، قاعدة ١٢٤٧، السنة ٩، مجموعة السنة ١٠، ص ١٥٥٣.

٢- الرقابة على قرارات الضبط الإداري الخاص بالأجانب وبالذات قرارات الترخيص بالإقامة ثم الإبعاد

ففي هذه المسائل اقتصرت الرقابة في حدود التعسف في استعمال السلطة[١].

والأمر نفسه بالنسبة للقرارات الخاصة بسفر المصريين إلى الخارج[٢] ثم القرارات بحمل الأسلحة والاتجار بها، وأخيراً التراخيص الخاصة بالمحلات المقلقة للراحة، والمضرة بالصحة العامة والخطرة[٣].

من جماع ما تقدم يتضح أن الإدارة تملك مجالاً واسعاً للتقدير، يضيق أو يتسع، يتمدد وينكمش من مجال لآخر، ومن ثم فالقوانين السليمة والفعالة هي التي تترسم بدقة حدود التقدير، وتترصد خطاه توسعه وضيقاً حسب روح المجال وروح النشاط، وإن كان لنا أن نسجل بأن مجال تقدير النفع العام هو من الملاءمات: opportunite المتروك رحابة واسعة للإدارة، هذا من حيثُ الجوهر، أما من حيثُ التجسدات وتموضعات تلك السعة، فهي أيضاً خاضعة للمرونة من حال لأخرى، وهذا ما أكدته محكمة النقض في سورية بقولها: ((إن إسباغ المنفعة العامة على إجراءات الاستملاك هي من حق الجهة الإدارية المستملكة، فهي غير ملزمة ببيان صفة هذه المنفعة أو تفسير العناصر التي

---

[١] حكم محكمة القضاء الإداري: ١٩٥٥/١١/١، قاعدة ١٣، السنة ٨، مجموعة السنة ١٠، ص ١٦.

[٢] حكم محكمة القضاء الإداري: ١٩٥٥/١٢/٢٠، قاعدة ٤٢٥، السنة٦، مجموعة السنة ١٠، ص ٩٨.

[٣] حكم المحكمة الإدارية العليا: ١٩٦٣/١١/٩، قاعدة ٥٢٤، السنة ٧، مجموعة أبي شادي رقم ٤٢٢، ص ٤٤٢.

اتخذتها في تقديرها، ويمتنع على القضاء التصدي للتحقق من توفر الغاية التـــي استهدفها مرسوم الاستملاك، وهي وجود النفع العام[1])).

بيد أن المحكمة إذا كانت لا تراقب التقدير في ذاته فليس معنى ذلك أنها لا تخضع لأي ضابط، وفي ذلك يقول الدكتور الطماوي: ((يجـــب التميـــيز بيـــن التقدير الموضوعي الذي تجريه الإدارة في ذاته وبين الظروف والملابسات التي يتم فيها التقدير، فالأمر هو من إطلاقات الإدارة في حدود التعسف)).

أما الأمر الثاني فهو شرط شكلي على كيفية إجراء التقديـــر لأنـــه مـــن البديهيات أن التقدير لا يمكن ممارسته إلاّ إذا توفـــرت الظـــروف والضوابـــط القانونية أو المعقولة التي تسمح بإجرائه[2].

---

[1] محكمة النقض السورية، قرار رقم ٢٧، أساس ٩٧، الصادر في ١٩٧٣/٣/١٠، المحامون لعام ٧٦، قاعدة ٤٤٦.

[2] كتابه النظرية العامة للقرارات الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٦٦، ص ٨٢.

الفصل الثاني

في مقومات عقد الإيجار الإداري

مقدمة

وسنتناول في هذا البحث دراسة المواضيع الآتية:

- لماذا عقد الإيجار، وليس عقدا الاستثمار؟
- نطاق عقد الإيجار الإداري.
- أسباب لجوء الإدارة إلى آلية العقد الإداري.

الفرع الأول

لماذا عقد الإيجار الإداري وليس عقد الاستثمار؟

أجمع الفقه واستقر الاجتهاد على أن حـــق الملكيـــة atiributions de la borobriete[1] يتحلل إلى العناصر الآتية: - حق الاســـتعمال: le jus utendi – حق الاستغلال: droit fruendi – حق التصرف: droit abutendi.

فما المقصود من هذه الحقوق؟

- **droit d'user – حق الاستعمال**: وهو الحق في استخـــدام الشـــيء فـــي جميع وجوه الاستعمال التي تتفق مع طبيعة الشيء المستعمل، ووفقـــاً لمـــا وضع له la usufuitier doit user de la chose suivant sa destination.

وبالطبع فهذا الحق يخول لصاحبه الحصول على منافع الشيء.

- **حق الاستغلال**: وهذا الحق يمكن صاحبه من الحصول على ثمار الشيء التي يكون قابلاً لإنتاجها droit jouir.
- **حق التصرف**: ويشمل هذا الحق جميع أعمال التصرف سواء أكانت ماديـــة materiellement أم قانونية juridikuement.

والمقصود بالتصرفات المادية تغيير شكل الشيء واستهلاكه وإتلافه، أمـــا التصرفات القانونية فتشمل الأعمال القانونية كالبيع والإيجار وغير ذلك، وهذا ما أكدته المادة ٧٦٨ مدني سوري بقولها: ((لمالك الشيء وحده في حدود القـــانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه)).

---

[1] د. محمدكامل مرسي بيك: الأموال، مطبعةالرغائب، القاهرة، ١٩٣٥، ص١١٢ - د. محمد وحيد الدين سوار الحقوق العينيةالأصلية، دمشق، مطبعةالداودي، ١٩٨٥ - ١٩٨٦، ص ١٩٧.

وإذا رجعنا إلى المادة ٥٢٦ مدني سوري نجد أنها عرفت عقد الإيجار بما يلي: ((عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم)).

وفضلاً عن ذلك، فحق الاستغلال يمكن صاحبه من الانتفاع بالثمار fruits بمعناها الطبيعي دون الحاصلات: products[١].

والذي يميز الثمار أنها تنتج في أوقات معينة إضافة إلى كونها تنفصل عن الشيء وتتكرر من غير نقص في جوهره، أما الحاصلات فلا تحصل في أوقات دورية وتحدث نقصاً في الشيء أي تقتطع جزءاً من أصله، مثل الأحجار التي تستخرج من المحاجر والمعادن التي تؤخذ من المناجم[٢].

ويتضح مما سبق أن إنشاء الإدارة تصرفاً قانونياً مع الأفراد يمكنهم من استعمال أموالها العامة استعمالاً عادياً وفق ما أعدت له، أو باستغلالها للحصول على ثمارها أو محاصيلها، كما هو الحال في تأجير الممالح أو المناجم أو أجزاء البحر والبحيرات من أجل صيد الأسماك، هذا النشاط القانوني هو في ماهيته الذاتية يدخل في إطار حق الانتفاع، وبالتالي فالتصرف القانوني المتعلق بذلك هو عقد إيجار وفق الأسس الفقهية المستقرة، والتي - انطلاقاً من طبائع الأشياء - ترسمت النسب المركوزة في الشيء وانطلقت منه.

وهذا هو السبب الذي جعلنا نسير في ركب الفقه، وتطلق على هذا البحث تسمية ((عقد الإيجار الإداري)) دون أن تركب متن الشطط والخطأ فنطلق عقد الاستثمار جرياً مع المدلول الدارج، الذي لما يرق إلى مستوى المواضعة اللفظية المفهومية.

---

(١) د. مرسي بك: الأموال، ص ١١٨.

(٢) د. مرسي بك: الأموال، ص ١١٨.

على هذا الأساس، فنحن على خلاف، مع الأستاذ الخالد في التعامل مع هذه الظاهرة، على أنها عقد استثمار[1].

زد على ذلك، فالمادة ١٣٧ من دستور الثقيفة مصر الصادر ١٩٢٣، أطلق - وفي معرض الكلام عن عقد الالتزام بالمرافق العامة - استعملت جملة ((استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية)).

كما أن بعض الفقهاء استعمل تعبير عقد الإيجار الإداري[2].

على هذا الأساس سنفتتح مجالاً نناقش فيه الاستعمالات المختلفة لهذه الظاهرة والخلط اللفظي المقترن بذلك، لا سيما أن هذا الخلط حدث في فضاء نظامنا القانوني فقهاً وقضاءً وتشريعاً.

هذا وسنقفي بحثنا سالف الذكر ببحث نتناول فيه نطاق عقد الإيجار، على أن نتكلم أيضاً في بحث آخر على أسباب لجوء الإدارة إلى هذا العقد.

---

[1] كتابه عقد الاستثمار: ص ١١٨.

[2] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص ١٣٦.

الفرع الثاني

نطاق عقد الإيجار الإداري ومشتملاته

ننوه استطراداً بأن بعض النصوص القانونية تنحو إلى حصر وتحديد الأموال العامة، وهو المنحى الذي سلكه القانون المصري القديم في المادتين ٩ و ١٠، فقد جاء على ذكر هذه الأموال كما يلي: الطرق والشوارع - السكك الحديدية - الحصون والقلاع - المين والمرافق - المواقع - الترسانة والقشلاقات والأسلحة - الدفترخانات العمومية - نقود الميري.

وبالطبع فهذا التعداد على سبيل المثال لا الحصر، ولذلك فقد ذهبت بعض الاتجاهات القانونية إلى إيراد التعريف مع ضرب بعض الأمثلة.

بيد أن الرأي الراجح أن يعمد النص إلى وضع المعيار العام، وهو الأمر الذي سلكه التشريع السوري في المادة ٩٠ من القانون المدني، حيث جمع هذا التشريع الأموال المحددة بطبيعتها والأموال المخصصة لأغراض المرفق العام وأخيراً الأموال المخصصة لعمل الإدارة.

ومن أمثلة الأموال العامة - التي من الممكن - أن تكون محلاً لأعمال قانونية: الملاهي - المطاعم والكبينات التي تنشأ على شواطئ البحر - الأكشاك لبيع الجرائد - محطات البنزين.

ولقد ذكرنا سابقاً أن المعيار العام الذي أخذ به فالين - وهو معيار القانون المدني السوري - يشمل ما يلي: كل مال لشخص إداري يترتب على تكوينه الطبيعي أو على أثر تهيئة الإنسان له، أو بسبب أهميته التاريخية والعلمية أن يصبح ضرورياً للنفع، سواء أكان لخدمة مرفق عام أم لإرضاء حاجة عامة بصورة لا يمكن معها الاستغناء عنه[1].

---

[1] د. شحاته: القانون الإداري، ص ٥٧٢.

وبالطبع فهذا المعيار يقودنا إلى تحديد المقصود من المرفق العام، وعلى هذا الصعيد تعددت المعايير، وإن كان الرأي الراجح هو الأخذ بالمعيار الموضوعي المادي لا العضوي ومن ثم فالمرفق العام ليس المنظمة أو الشخص المكلف بإدارة المرفق، بل هو الحاجة العامة المنتظمة[1].

على هذا الأساس فقد أضيفت صفة المرفق العام على النشاط الخاص بشحن وتفريغ السفن في الموانئ[2].

كما اعتبر مرفقاً عاماً النشاط الخاص بإدارة محطة إذاعة لاسلكية بواسطة أحد الأفراد[3].

وإذا قلنا إن المرفق ليس المشروع أو المنظمة فعلينا أن نحدد المقصود من المشروع، فما هو المشروع الذي يدير المرفق العام؟

وحقيقة الأمر فالمشروع هو الجهاز المادي الذي بواسطته يدار المرفق ويشمل ذلك الجهاز البشري والمباني والأموال، فهذه العناصر هي وسائل تسيير المرفق العام وليست هي المرفق ذاته، وإنما هي موجودات المرفق وعما له، وهذه الإمكانات ليس لها غير الأثر المادي في إمكان تحقق وجود المرفق كنشاط، ولا يكون لها أثر قانوني إلاّ عندما تكون أحد الأركان في الشخص القانوني ذاته في حال إدارة شخص معنوي للمرفق العام، لأن المنظمة هي أحد الأركان في الشخص القانوني فهي التي يتم تشخيصها قانوناً عندما تمنح الشخصية المعنوية وليس للمنظمة أو المشروع أثر يعدو أثرها المادي الواقعي الذي يدخلها في عالم القانون بالنسبة للمرفق إلاّ تشخيصها قانوناً، وبالتالي

---

[1] محمد حامد الجمل: الموظف العام، ط٢، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٩، ص ٤٠٨ وما بعدها.

[2] C. E, 23. 1939, rec, 6193,Page. 429.

[3] محمد حامد الجمل: الموظف العام، ص ٤٠٩.

فاشتراط المشروع وإدارة الشخص العام للقول بوجود مرفق عام يعد عبثاً وخلطاً لا مثيل له في المنطق القانوني[٢].

ولقد اطّرد القضاء الإداري على ذلك، ومن الأحكام التي نطقت بهذا المعنى حكم محكمة القضاء الإداري في مصر المتضمن: ((إن الشخص العام أو الشخص الذي يتولى مرفقاً عاماً، هو المسؤول عن سير هذا المرفق، وليس هو المرفق ذاته، والمشروع أو المنظمة أي الموظفون والمباني والأموال والأدوات التي يباشر بها الشخص العام أو الخاص النشاط اللازم لإشباع حاجة عامة تعد أدوات ووسائل لمباشرة هذا النشاط، أي الإمكانات اللازمة لسير المرفق العام، وإنما هي موجوداته[١].

هكذا اعتبرت المحكمة الإدارية العليا في مصر النشاط الخاص بدفن الموتى مرفقاً عاماً لاتصاله اتصالاً وثيقاً بالشؤون الصحية والشرعية[٢].

كما اعتبرت هذه المحكمة عقد إيجار ملاّحة بور فؤاد المبرم بين شخص إداري، هو إدارة الحربية وبين المدّعي، اعتبرت هذا العقد يتصل بنشاط متعلق بمرفق عام، ويخضع في إدارته للرأي الأعلى للسلطة الحاكمة، ويقوم على تمكين أحد الأشخاص بالإنفراد باستغلال مال عام والاستئثار به بطريق تؤثر في هذا المرفق وهو: مرفق الصيد الذي يحقق للخزانة العامة مصلحة مالية ويسد في الوقت ذاته حاجة عليا مشتركة بتوفيره للجمهور غذاءً شعبياً هاماً مستهدفاً بذلك النفع العام[٣].

---

(٢) محمد حامد الجمل: الموظف العام، ص ٤٠٩.

(١) مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري في مصر، السنة ٧، ج٢، رقم ١٣٨٣، حكم السنة الخامسة، ص ٦١١.

(٢) المحكمة الإدارية العليا في مصر السنة ٤، ج١، رقم ٦٥٣.

(٣) المحكمة الإدارية العليا المصرية، السنة ٧، صفحة ٨٩٠، رقم ٢٤٨٧.

وفي تحديد المرفق العام ينظر إلى النشاط الأساسي الموجه أصلاً إلى إشباع الحاجة العامة، ويلحق بطبيعة هذا النشاط كل نشاط تبعي يستلزمه الإشباع السليم الكامل للحاجة العامة وفقاً لطبيعتها وبناءً على ذلك يكون قيام شركات الطيران بتخصيص سيارات لنقل ركابها من المطار وإليه بانتظام واستمرار مرفقاً عاماً، هو النقل الجوي، ويستلزم هذا النشاط المرفقي التابع أن النقل الجوي يتم في مواعيد ومدد متباعدة أو متقاربة مادام مستمراً ومنتظماً، ويعد نقل هذه الشركات للركاب بالطريق البري بواسطة السيارات من المطار وإليه نشاطاً موصوفاً بذات الوصف الذي ينطبق على النشاط الجوي، وهو نشاطها الأصلي[1].

استناداً إلى ما تقدم، يمكننا التأكيد على سقوط وجهة نظر النشاط المماثل للنشاط الفردي التي اعتبرت محور اعتماد الأستاذ خالد عبد الله خالد والمتضمنة نفي سمة المال العام عن الحانوت في سوق الهال[2].

أجل، لقد اتضح لنا أن السيارة الخاصة يمكن أن تكون، من مستلزمات المرفق العام ، والأمر نفسه بالنسبة للحانوت في سوق الهال إذا ما رصد لإشباع حاجة مطّردة ومنتظمة، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في سورية، إذ أسبغت وصف النفع العام على دكاكين في سوق هال مدينة الباب[3].

وبالمقابل فقد اعتبرت محكمة النقض السورية، العقد المبرم من قبل الدولة ولأحد الأفراد على فندق بلودان، اعتبرت ذلك عقد إيجاري عادي[4].

---

[1] محمد حامد الجمل، الموظف العام، ص ٤٣٤.

[2] كتابه الاستثمار، ص ٨١.

[3] مجلة المحامون لعام ١٩٨٩، الحكم الصادر في ١٩٨٩/٢/٦، قاعدة ١٧٣.

[4] قرار رقم ٣٠٧، تاريخ ١٩٥٧/٦/١٧، وانظر مقال الأستاذ نصرت منلا حيدر المنشور في مجلة المحامون لعام ......، صفحة ٢٤٨.

وحقيقة الأمر أن استظهار الأمثلة آنفة الذكر، يؤكد معيار القانون الإداري، ألا وهو المعيار المركب الذي يتخذ من المرفق العام غاية ومن أساليب القانون العام وسيلة، إذ لا يكفي عنصر واحد ((المرفق أو الوسيلة))، وليس بالمحتم على الإدارة في إدارة المرفق العام أن تأخذ بأساليب القانون العام، اللهم إلاّ فيما يتعلق بأموالها العامة المخصصة بطبيعتها للنفع العام، فهنا تتقيد الإدارة بالطبيعة الذاتية للأموال العامة، أي بطبائع الأشياء، أو ما أطلق عليه القانون الطبيعي، أما إذا لم تكن الأموال عامة بطبيعتها الذاتية، كما هو الحال بالنسبة لدكان في سوق الهال، فهنا تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في إسباغ صفة النفع العام، كما هو الأمر بالنسبة للحكم بالنسبة لسوق الهال في مدينة الباب أو ما حدث بالنسبة لفندق بلودان علماً بأنه كان من المفروض أن تسبغ السمة العامة على هذا الفندق نظراً للحاجة العامة السياحية التي يشبعها.

وإذا كان المجال لا يتسع لتحديد أموال المرفق العام، فحسبنا في هذا المقام تقديم ملاحظة بسيطة هي أن الدولة إذا ما أبرمت عقداً بالانتفاع بأموال تتعلق بالنشاط الأصلي للمرفق العام أو بكل مال يتصل بالنشاط الطبيعي اللازم للنشاط الأصلي، فهذا العقد يعتبر عقد إيجار إداري إذا ما تحققت شروطه الأخرى كالانتفاع بالشيء أو استغلاله على ما سبق تحديده.

الفرع الثالث

لماذا تلجا الإدارة إلى آلية عقد الإيجار الإداري

مقدمة

لا شك أن هناك أسباباً تحملها دواعي المصلحة العامة وظروف المرفق وفلسفة النشاط الإداري، هذه الأسباب هي التي تنتصب لتدفع الإدارة لتلمس هذه الأداة القانونية واعتمادها.

ولكننا قبل تناول هذا الموضوع رأينا أن نرهص له بالأمور الآتية:

١-المقصود من الحظر المفروض على الإدارة لجهة عدم تصرفها بالمال العام.

٢-السلطة التقديرية فعالية ((ميكانزم)) في حياة الإدارة ودور هذا الفاعل في منطقة العقد.

٣-أسباب اللجوء إلى العقد دون القرار للاستئثار الخاص بجزء من المال.

المطلب الأول

١-المقصود من الحظر المفروض على الإدارة:

أول ملاحظة نبديها في هذا المقام أن الحظر الوارد في المادة ٩٠ من القانون المدني السوري هو حظر يخضع لآليات وأحكام القانون الإداري، ومن ثم فإن ورود تلك الأحكام في المجموعة المدنية لا يعني أنها مدنية المحتد والمنشأ والمنبت.

ذلك أن الأساس في تحديد طبيعة الظاهرة القانونية هو الطريق الذي خرجت منه إلى حيز الوجود أو المصدر القانوني الذي أنتج هذه الظاهرة، إذ قد ينقل فرع من فروع القانون الظاهرة التي أنتجها فرع آخر، وهو ما حدث بالنسبة لقاعدة عدم جواز التصرف بالأموال العامة.

والمتفق عليه أن هذه القاعدة نشأت بآلية العرف الإداري[1]. وليس بآلية العرف الخاص ثم تلقفها القانون المدني، وعلى هذا الأساس فالحظر الملقى على كاهل الإدارة هو حظر يفهم ويستشف من روح القانون الإداري وآلياته وأساليب عمله وأحكامه العامة.

هكذا يؤكد الدكتور جيرانه بأن هنالك من التصرفات ما يلائم الأموال العامة وهي في الوقت نفسه غريبة عن القانون المدني[2].

ويمضي الدكتور جيرانه في تعداد هذه التصرفات، من ذلك المبادلات التي تجري بين الأشخاص الإدارية المختلفة، حيث ينتقل بها المال من ذمة الدولة إلى ذمة المدينة أو القرية، كما أن للدولة أن تمنح التزاماً بمرفق عام يكون وعاؤه مالها العام، ولهذا إن صح القول جدلاً بأن لا يكون محلاً لتصرف شريطة حمل ذلك على التصرفات العينية التي ينظمها القانون الخاص دون غيرها، أما تصرفات القانون العام فهي توافق طبيعة المال العام، وليس من شأنها عرقلة الانتفاع به، وبالتالي فهي جائزة بالنسبة له[3].

---

(1) د. محمد زهير جيرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص٥، وانظر الدكتور برهان زريق: نحو نظرية عامة للعرف الإداري، ١٩٨٦، دمشق، مطبعة عكرمة، ص ٢٩٣.

(2) د. جيرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص ١٣٤.

(3) د. جيرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص ١٣٤.

والسبب في هذه التفرقة بين معاملات القانون الخاص ومعاملات القانون العام أن عماد الأولى الاستقرار والثبات، بينما تتميز الثانية بأنها أقرب إلى الأعراض لأنها وثيقة الصلة بمقتضيات النفع العام ودواعيه، وهذه بدورها سلطة في إدراك الضرورات تعلو على التمسك بالمحلات القانونية أو التشبث بها، فإذا كان المال العام بذلك محلاً لتصرف من تصرفات القانون العام لم يُخشَ على الانتفاع العام به، ولا على سلطة صاحبه من أن يتأثر بالتصرف الذي تم لأن مثل هذا التصرف ليس من شأنه أن يحد من حرية الشخص الإداري تلبية لداعي المنفعة العامة من الرجوع فيه أو تعديله[1].

هكذا يؤكد الدكتور جيرانه بأن إطلاق القول بعدم جواز التصرف بالمال العام، هو قول فاسد وقع فيه الفقيه بارتلمي، وينتهي الدكتور جيرانه إلى القول بأن القيد الوارد على حق الدولة في التصرف بالمال العام ليس إلاّ حداً من ولايتها ابتغى به الشارع كفالة الانتفاع العام بالأموال العامة، ولا أدل على ذلك من أن اشتراط صدور قانون أو أمر بجواز التصرف في المال العام شرط موكول تحقيقه إلى الإدارة، حتى لا يجوز القول بأن المنع من التصرف هو شرط إرادي بحت، وبذلك فالأموال العامة قابلة للتصرف فيها بقيود خاصة، إذ يجوز للإدارة أن تجردها من طبيعتها العامة أو تجعلها محلاً لتبادل أو موضوعاً للتصرفات مع الأفراد مع بقاء تخصيصها للنفع العام، كمنح التزام بمرفق عام يكون وعاءه المال العام أو الترخيص باستعمالها والانتفاع بها وفقاً للقوانين والأنظمة[2].

ولمبدأ عدم جواز التصرف في المال العام بعض النتائج، منها يتعلق بالحقوق العينية التي يجوز ترتيبها على هذا المال لمنفعة الأملاك الخاصة

---

[1] د. جيرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص ١٣٧.

[2] د. جيرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص ٢٣١.

المجاورة، مثل حق المطل والمسيل والنفاذ، فهذه الحقوق تتحدد وتتقرر بما لا يتعارض مع تخصيص المال للنفع العام[1].

إذن فالإدارة تتصرف بالأموال العامة التصرفات الإدارية المنسوبة للقانون الإداري بما يتفق مع تخصيص المال للنفع العام بحيث تلجأ الإدارة إلى آلية القرار أو العقد بما يمكنها من ترتيب الحقوق عليها، وفي الوقت نفسه حماية لهذه الأموال.

ومما لا شك فيه أن الأصل في تقرير تلك الحقوق هو حرية الإدارة، وهذه الحرّية متفرعة على مسؤوليتها، حسب المبدأ المشهور ((حيثما تكمن السلطة تكمن المسؤولية)).

وعلى هذا الأساس فإذا ما خصص القانون غرضاً ما للمشروع الإداري، وسكت عن تحديد الوسائل، فالسلطة الإدارية تملك هنا، كافة الوسائل بتحقيق ذلك الغرض وفي حدوده، وهو أصل نابع من طبائع الأشياء، ومن النسب المركوزة في الأمور.

ذلك أن الغالب على المراكز القانونية في القانون المدني، الاستقرار والثبات، خلافاً للأمر بالنسبة للقانون الإداري، فهذه المراكز أقرب إلى الأعراض.

ذلك أن التماس معيار مادي يكون بمثابة ظاهرة اجتماعية لا نفسية، قد يكون له ما يبرزه في نطاق العلاقات بين الأفراد، لأنها علاقات بين أطراف متساوين أمام القانون، وهدف القانون استقرار الأوضاع، وانضباط الروابط القانونية بينهم، والحال جدُّ مختلف فيما يختص بالعلاقات بين الإدارة والأفراد، فالقانون الإداري في مجموعة لا يهدف إلى هذا الاستقرار، أياً كانت نتيجته،

---

[1] د. جيرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص ٢٣٢.

وإنما المتفق عليه أن يكون هذا الاستقرار على أساس موازنة الحقوق الخاصة والمصلحة العامة، ولا يمكن الوصول إلى تلك النتيجة بتطبيق معيار مادي أعمى، وإنما بالتماس حلول مرنة لا يمكن معرفتها مقدماً، لكنها توفق على قدر الإمكان بين مختلف الاعتبارات[1].

فلو أخذنا مثلاً على ذلك ظاهرة إلغاء العرف الإداري، فهذا الإلغاء قد يتم بمجرد توافر الإرادة المضادة للإدارة المتجهة لإلغاء العرف، وقد تستخلص هذه الإرادة من سابقة أو سابقتين، في حين أن لإلغائه في مجال القانون الخاص يحتاج إلى مدة طويلة تظهر من خلال شيوع العرف المضاد.

وكما قلنا سابقاً فعلم الإدارة – وهو علم الفعالية والكفاية والأداء – يجهد لتحرير الإدارة من الأكبال والأغلال وإطلاق يدها – في حدود معقولة – لمواجهة تعقيدات الحياة وفقاً لملاءمات المرفق.

وهنا مفصل الموضوع، فالإدارة قد ترى أن من مصلحتها إنشاء أدوات قانونية على المال العام، وبالطبع فليس من الضرورة أن تكون هذه الأدوات قرارات إدارية، أو عقود، بل إن لهذه الأدوات ملاءماتها ولتلك مقتضياتها.

فما هي إذن الظروف والملابسات التي تحدو الإدارة للجوء إلى الأسلوب العقدي ؟

---

[1] د. سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧٠، صفحة ٨٦١.

المطلب الثاني

مبررات لجوء الإدارة إلى عقد الإيجار الإداري

عرضنا سابقاً لأوجه استعمال الأفراد للمال العام، وقلنا إن الاختصـــاص الفردي لجزء من المال العام لا يستند إلى طبيعة تخصيص المال العـــام للنفـــع العام، أو إلى أوامر الإدارة التنظيمية ولكنه يتولد عن إرادة الإدارة فـــي إفـــراد شخص معين به.

وهذه الإرادة قد يعبر عنها في صيغة عقد، أو في صيغة عمل قانوني من جانب واحد يصدر عن الإدارة في صورة ترخيص بالانتفاع بهذا المال.

ومما تجدر ملاحظته أن استعمال، المال العام مقصور في الأصل علـــى وجوهه المستفادة من طبيعة المال ومفهوم تخصيصه، أو مما تنص عليه أوامـــر الإدارة التنظيمية، أما ماعدا ذلك من صنوف الاستعمال فهو محرم أصلاً بل قـــد يعد جريمة جزائية[1].

هذا، ويتفق ذلك مع حكم الشريعة الإسلامية الذي يقضي أن الجلوس فـــي الطريق العام لبيع أو شراء غير جائز سواء أكان مضراً أم لا[2].

بيد أن للإدارة سلطة الترخيص لمن ترى بالانتفاع بمالها العام شريطة أن لا يتعارض ذلك مع وجهة النفع العام المخصص لـــه المـــال، ولا مـــع وجـــوه الاستعمال العام المتعلقة به[3]، بل يجب أن يتفق هذا الاستعمال والترخيص مـــع الغرض الأصلي الذي خصص له المال[4].

---

(١) د. جيرانه: حق الدولة والأفراد، ص ٢٩٩.

(٢) مجلة الأحكام العدلية، مادة ٩٢٧.

(٣) د. جيرانه: حق الدولة والأفراد، ص ٢٩٩.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في ١٩٦٦/١١/٢٦.

وقد تتعهد الإدارة لشخص ما بأن لا ترخص بانتفاع معين من مالها العام، ولكن إخلالها هذا لا يؤثر في صفة ما تمنحه من رخص، وإن كان يترتب على ذلك مساءلتها مدنياً قِبل المتعهد له[1].

ومجمل القول إن الإدارة تتمتع – في الحدود التي ذكرناها – بحرية كاملة بهذه الصورة لا يستند إلى طبيعة المال العام أو إلى مفهوم تخصيصه، أو إلى النصوص التنظيمية التي يتعين على الإدارة أن تحترمها وتعمل بموجبها، بل مرد ذلك إلى إرادة الإدارة وحدها، فلا غرو إذا كانت حريتها في تعيين المنتفعين بما لها في غير مقتضيات تخصيصه حرية كاملة مطلقة[2].

ويبقى السؤال المطروح هو: لماذا تلجأ الإدارة إلى الأداة العقدية لشغل ما لها العام ؟؟

يجب عن ذلك الدكتور الطماوي بقوله: " لأن المبادئ التي تحكم العقود الإدارية لا تقيد الإدارة بدرجة القواعد المدنية، بل تمكنها من أن تحقق مقتضيات الصالح العام بإرادتها المنفردة، كما أن اعتبار تلك التصرفات من قبيل العقود الإدارية يضفي بعض الثبات والاستقرار على مراكز الأفراد الذين يتعاملون مع الإدارة، إذ قد يتكلفون مبالغ كبيرة في إقامة منشآت على المال العام موضع الاتفاق، ومن ناحية أخرى فاعتبار الاتفاق من قبيل العقود الإدارية يخول القاضي عند نظر النزاع سلطات أوسع من تلك التي يتمتع بها قاضي الإلغاء، وهذا التكييف يوفق بين الصالح العام وصالح الأفراد على السواء[3] ".

---

(1) د. جيرانه: المرجع السابق ص٣٠٠، وانظر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في ١٨٩٨/٤/٢٥ قضية: المجموعة لسنة ١٩١٢، صفحة ٦٦٢، V.de Sainte etienne.

(2) د. جيرانه: المرجع السابق، ص٣٠١.

(3) كتابه الأسس العامة للعقود الإدارية صفحة ١٤٣.

وهناك ملاحظة هامة هي أن لجوء الإدارة إلى أسلوب العقد في شغل المال العام لا يعني الحيلولة دون الالتجاء إلى القرار الإداري، إذ أنه مهما كانت السلطات التي يعطيها العقد للإدارة، فهو يتضمن تحديداً لسلطتها، ولهذا قد ترى الإدارة أن تحتفظ بسلطتها كاملة بأن تجعل الانتفاع الخاص بالمال العام يتخذ صورة قرار إداري، كما أن لها أن تفرغ الاتفاق في صورة عقد إداري، ويكون مرجع التفرقة بين الحالتين إلى نية الإدارة وهي مسألة يستشفها القضاء من كل حالة على حدة[1].

ومن أمثلة الاتفاقات التي تتم في فرنسا في صورة عقود إدارية شغل جزء من شاطئ البحر لبناء كبائن الاستحمام[2]، أو لإقامة مُعَدَّات لبعض الشركات في المواني العامة[3] أو لإقامة سلخانة[4] أو لتخصيص أجزاء معيّنة من الأسواق العامة لبعض الباعة أو لتخصيص مساحات محددة من الجبانات العامة مدافن لبعض الأسر Concession Funeraires[5].

وفي كثير من الأحيان فإن صفة المال تلعب دوراً هاماً في هذا المجال، ذلك أن إشغال المال قد يكون خفيفاً لا يتطلب اتصالاً دائماً به، وهذا هو الاستعمال المسمى في فرنسا: Permis de stationnement .

---

[1] د. الطماوي: المرجع السابق، ص١٤٦.

[2] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٣٠/٥/١٩، قضية: Montangne، المجموعة، ص ١٠٨٧.

[3] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٤٩/٦/٢١، قضية: Cie Generale Frigorifique، المجموعة ص ٢٧.

[4] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر ١٩٣٠/١١/١٤ قضية: Cie Generale des abattoire Municipaux de France

[5] د. الطماوي: مبادئ القانون الإداري، ط٦، القاهرة، دار الفكر العربي، ص ٦٢٥.

ومن أبرز صور ذلك الإذن للعربات بالوقوف في مواضع معينة من الطرق العامة، والإذن لأصحاب المقاهي بوضع الكراسي والجرائد على الأفاريز، ثم الإذن للباعة بنصب الأكشاك أو عرض البضائع في أجزاء من المال العام.

ففي هذه الحالات لا يستدعي الاستعمال أي حفر أو بناء.

وهناك الاستعمال الذي يقتضي اتصالاً أكثر دواماً بالمال العام، ويسمى بالفرنسية: Permission de Voirie، ومثاله السماح لبعض شركات الامتياز بمد خطوط حديدية فوق المال العام، أو حفر أنفاق أو بناء كباري فوق مجاري المياه، ثم وضع المواسير أو الأسلاك تحت أرضية الشوارع بقصد توصيل المياه والنور.

ويتضح من ذلك أن الاستعمال في هذه الأموال لا يقتصر على شغل جزء من المال العام، ولكنه يقتضي تغييراً فيه سواء بالبناء أو الحفر.

ويتفرع على هذا الاستعمال سؤال هام يتعلق بالجهة المختصة بالتعاقد حول إشغال المال.

ومما لا شك فيه أن كل مال يتبع جهة إدارية معينة ومن ثم فهذه الجهة هي المختصة، ومع ذلك فهذا الجواب لا يقدّم حلاً كاملاً حول ما إذا كان الاستعمال يمسّ المال مساً خفيفاً أو عميقاً، وما هي الجهة المختصة وصاحبة الصلاحية؟ وهل إن الاختصاص معقود لسلطات الضبط؟ أم للجهة الإدارية المالكة للمال العام؟

هكذا حسم الفقه الفرنسي الموضوع وعقد الاختصاص في الحالة الأولى إلى سلطات الضبط العادية، وبالطبع فالأسلوب التعاقدي لا يتفق مطلقاً مع الولاية الضابطة، وبالتالي فوسيلة هذه الولاية دائماً هي الأسلوب الانفرادي ((الأوامر الإدارية)).

أما إذا كان الاتصال مستديماً ويتحقق تفاعله مع المال العام، كإجراء حفر أو غير ذلك، فالاختصاص ينعقد لجهة الإدارة المالكة، وفي هذه الحال ترخص لتلك الجهة في الأداة القانونية، عقداً إدارياً كان ذلك أم قراراً إدارياً[1].

هذا التكييف لموقف الإدارة من شغل المال العام، كان وليد تطور عميق طرأ على الفقه والقضاء، لهذا فالحاجة ملحة لتقديم عرض سريع لهذا التطور.

---

[1] د. الطماوي: مبادئ القانون الإداري، ط٦، القاهرة، دار الفكر العربي، ص ٦٢٦.

الفرع الرابع

نظرة تاريخيّة حول تكيّيف الأداة القانونية المرخصة لاستعمال المال العام

هذا وسنعرض لهذا التطور في القانون الإداري الفرنسي، ثم نردف ذلك بالتطور الذي تم في القانون الإداري المصري.

المطلب الأول

- تطور الرؤية في فرنسا:

وبالطبع فالنظرة الفرنسية الراهنة لم تستو على سوقها إلا عبر تطور طويل، إذ كان الرأي الغالب حتى سنة ١٩٣٨، أن الاتفاقات التي يتضمن محلها شغلاً لمال عام((Compoitant occup ation du domaine public)) تعتبر عقوداً إدارية باستمرار وفقاً لمحلها، لأن المال العام يخضع لنظام استثنائي، ولو أن صياغة بعض الأحكام التي صدرت من مجلس الدولة الفرنسي كانت توحي باحتمال وصف تلك العقود، بأنها من عقود القانون الخاص[1].

ولكن المشرّع تدخل سنة ١٩٣٨ في هذا المجال، وأصدر مرسوماً بقانون في ١٧ يونيه، جعل بمقتضاه المنازعات المتعلّقة بتلك العقود من اختصاص القضاء الإداري، وهكذا أصبحت تلك الاتفاقات عقوداً إدارية بتحديد المشرّع،

---

[1] حكم المجلس الصادر في ٧ فبراير سنة ١٩٢٥ في قضية((ch. de Fer de L'Etat)) المجموعة ص ١٤٣.

وبالرغم من هذا النص، فقد ترددت المحاكم القضائية قليلاً، حتى تدخلت محكمة التنازع، وحسمت هذا الموضوع على سبيل إطلاق النص[1].

وهذا ما يردده مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه الحديثة باستمرار، ومنها على سبيل المثال حكمه الصادر في ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٠ في قضية[2] Ste pour le traitement industriel des produits de l'Ocean وقد جاء فيه:

((وحيثُ أنه يتجلى بوضوح، سواء من نصوص المرسوم بقانون الصادر في ١٧ يونيو سنة ١٩٣٨ أو من أعماله التحضيرية، أن العقود التي تتضمن شغلاً للمال العام، أياً كان شكلها أو تسميتها تكتسب الصفة الإدارية، وتخرج بالتالي من اختصاص القضاء العادي ومن نطاق القانون الخاص)).

ويظهر من هذا الحكم بوضوح، أن نص المرسوم بقانون المشار إليه، هو نص كاشف، بمعنى أن العقود التي تتضمن شغلاً للدومين العام هي عقود إدارية بطبيعتها، بالرغم من نص القانون عليها. صراحة، وهذا هو ما يدافع عنه معظم الفقهاء أيضاً.

وعلى الأساس السابق اعتبر القضاء الإداري الفرنسي عقوداً إدارية، الاتفاقات التي تبرمها الإدارة مع الأفراد بقصد شغل جزء من شاطئ البحر لبناء كبائن الاستحمام، أو لإقامة معدات لبعض الشركات في الموانئ العامة.

وكذلك الشأن في تأجير الإدارة لقطعة من أرض الدومين العام لأحد الأفراد لإقامة سلخانة وتخصيص أجزاء معينة من الأسواق العامة لبعض الباعة أو مساحات محددة من الجبانات العامة كمدافن لبعض الأفراد Concessions Funeraires.

---

[1] حكم التنازع الصادر في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٢ في قضية Ste mediterranecene)) de combus tibles)) مجموعة سيري سنة١٩٤٣القسم الثالث، ص ٢٩ مع مذكرة مستر.

[2] المجموعة، ص ٢٣٩.

المطلب الثاني

- تطور الرؤية المصرية:

هذا ونشير بداءة إلى أن اختصاص القضاء الإداري في العقود الإدارية هو اختصاص مستحدث، إذ بدأت نواته سنة ١٩٤٩، ولم يكتمل إلا سنة ١٩٥٧، ومن ثم فقد كان من المتعيّن الرجوع إلى قضاء المحاكم العادية التي أنكرت بصورة عامة المبادئ الإدارية في هذا الخصوص، متقيّدة بنصوص القانون المدني المنظمة للمال العام، وهكذا فقد انتهى الأمر بالقضاء العادي إلى إنكار الصفة التعاقدية للتراخيص واعتبرها مجرد قرارات إدارية.

ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٤٤/١١/١٣ المتضمن:

((إن تصرف الإدارة في الأملاك العامة لا يكون إلا بترخيص، والترخيص يحتم صيغة قرار معينة الأجل، وللسلطة المرخصة الحق في إلغاء القرار لداعي المصلحة، والرجوع فيه قبل حلول أجله ... إن إعطاء الترخيص ورفضه وإلغاءه والرجوع فيه كل أولئك أعمال إدارية بحكم القانون، وصدور الترخيص مقابل رسم لا يمكن أن يخرجه عن طبيعته، ولا يجعله عقد إيجار عادي خاضع لأحكام القانون المدني)).

وما تزال محكمة النقض المصرية على الموقف السابق كما يتضح من حكمها الصادر في ١٩٥٥/١٠/١٠، والمتعلق بتأجير بوفيه محطة سكة حديد حلوان لمدة ثلاث سنوات قابلة للتمديد، فقد حدث بعد صدور الأمر العسكري المنظم لعلاقة المؤجر بالمستأجر أن أخطر المستأجر الإدارة برغبته في تمديد العقد، ولكن الإدارة أجابته بعدم رغبتها في ذلك، وأنذرته بإشهار مزاد استغلال

البوفيه، حيثُ رسى المزاد بالفعل على آخـــر، لكـن المســتأجر الأول رفـض الإخلاء، ولما رفع الأمر إلى القضاء قضى الحكم الابتدائي والاستئنافي باعتبـار الاتفاق عقد إيجار، ومن ثم بعدم جواز الإخلاء لزيادة الأجرة، وقد طعنت الإدارة بالنقض بمقولة إنها لم تكن تنشد استغلال المقصف بقصد التجارة، وإنما بقصـد تأدية مصلحة عامة هي خدمة المسافرين في قطاراتهــا، وذلـك بتوفـير مـا يحتاجونه في أسفارهم من طعام وشراب بأسعار معتدلة، وهو بــهذه المثابــة لا يعدو أن يكون ترخيصـاً للانتفاع بملـك عام، فهو إذن مؤقت بطبيعته وغـير ملزم للسلطة المرخصة التي لها الحق في إلغائه والرجوع عنه، ولو قبل حلــول أجله تقول محكمة النقض: ((ومن حيثُ أن هذا النعــي في محلّه، لأن العـبرة فيه لما يتضمنه هذا العقد، وما حواه من نصوص، فإذا كان تبين من نصوصـه أنه وإن وصف بكونه عقد إيجار، بيد أنه يتضح من مجموع نصوصـــه، ومـا فرضه من التزامات أنه ألزم المستأجر بهيئة المقصف وتزويده بما يلـزم مـن طعام وشراب لسد حاجات الجمهور، مع مراعاة الشروط الصحيـــة، وبأسـعار محدّدة في قائمة مرافقة للعقد وإن يخضع لما تحدده المصلحة من أثمان لم تـرد في القائمة، وأن يبيع معروضاته لعمال المصلحة بنصـف القيمة المحــدّدة، وأن ينفذ ما تصدر إليه من أوامر في شـأن إدارة المقصـف وأن لا يتولى، إدارتـه إلاّ من توافق عليه الطاعنة، مع تحديـد عـدد المستخدمين ورفت مـن تـرى رفتهم، وأن يمكن لموظفي المصلحة من التردّد لمراقبة تنفيذ شروط العقد، كـل ذلك يدل بوضوح على أن هذا العقد لا يصح اعتباره عقد إيجار، لأنه يتبين مـن هذه القيود ومرماها أن الطاعنة في تعاقدها مع المطعون عليه لـم تكـن تنشـد استغلال محل معد للتجارة، وإنما تبغي من وراء ذلك تحقيق مصلحة عامة هـي خدمة المسافرين في قطاراتها ليلاً ونهاراً بتوفير ما يحتاجون إليه مـن طعـام وشراب وبأسعار معتدلـة، فهـو التزام بأداء خدمة عامة ومـن ثـم فـالحكم

المطعون فيه إذا اعتبر العقد محل النزاع عقد إيجار، يكون قد أخطأ تكييف هـذا العقد[1].

ولما كان اختصاص مجلس الدولة المصري في مجال العقود الإدارية لـم يكتمل إلاّ عام ١٩٥٥، فقد وجد نفسه مسوقاً لاعتناق مذهب المحاكم القضائيـة فاعتبر الاتفاقات التي ترد على المال العام قرارات إدارية[2]، ومن أمثلـة هـذا القضاء التراخيص بشغل أكشاك الاستحمام المملوكة للبلديـات[3]، والـترخيص لأحد التجار بشغل محل في سوق الخضار لمدة معينة[4].

وإذا كان القضاء الإداري قد تقيد أول نشأته بقواعد الاختصـاص إلاّ أن تبلور هذا الاختصاص حداه إلى تغيير موقفه، حيثُ أخـذ يكيّـف بعـض هـذه الأدوات على أنها عقود إدارية، وهذا ما يتضح من حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٦/٩/١٦ المتضمّن: ((من حيثُ إنه يتضح من العقد المبرم بين محكمة القاهرة الابتدائية الشرعية وبين المدعى عليه، إنه وإن وصف على أنـه عقد إيجار لكنه في حقيقته عقد تقديم خدمات لمرفق من المرافق العامة، إذ يلـتزم المدعى عليه طبقاً لشروطه بتهيئة المقاصف الموجودة فـي المحـاكم لخدمـة موظفيها وجمهور المتقاضين وتقديـم المشروبات والمأكولات بأسعار محـدَّدة، على أن يكون للإدارة حق زيادتها أو تخفيضها، وأن يلتزم المدعى عليه بتنفيـذ أوامر الإدارة المتعاقدة، إذ رأت ضـرورة فصل أحد العمال لعدم نظافته أو سوء سلوكه، كما اشترط في العقد حق المحكمة في تفتيش المقاصف والأمر بـإجراء النظافـة واستبدال غير اللائق من المعـدَّات كمـا نص العقد على حق المحكمة

---

[1] مجموعة أحكام النقض المدنية، السنة ٦، العدد الرابع، ص ١٤٨٠.

[2] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ١٤٢.

[3] حكم مجلس الدولة المصري، الصادر في ١٩٥٢/٣/٣، مجموعة أحكام السنة٦، ص ٦٠٠.

[4] حكم مجلس الدولة المصري، الصادر في ١٩٥٤/٢/٧، مجموعة أحكام السنة٨، ص ٦٠٨.

في الفسخ والإخلاء دون تنبيه أو إنذار، وهذه شروط غير مألوفة في العقود الخاصة.

وعلى مقتضى ما تقدم يكون هذا العقد متسماً بسمات العقد الإداري لجهة اتصاله بمرفق عام وأخذه بأساليب القانون العام من تضمينه شروطاً استثنائية[1].

وقد اعتمدت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا القضاء في حالة ترخيص مصلحة الآثار لأحد الأفراد بشغل قطعة أرض من أملاك الدولة العامة من أجل استعمالها منشراً للسلال، وذلك لمدة سنة قابلة للتجديد، مع حفظ حق الحكومة في إلغاء الترخيص في أي وقت كان، هكذا اعتبرت المحكمة الإدارية العليا أن تلك الأداة القانونية اصطبغت بصبغة العقد الإداري لا القرار الإداري، ولا يغير في ذلك وصف هذا العقد بأنه ترخيص، أو أن المبلغ المقابل للانتفاع هو رسم، لأن الحكومة حين خصت المنتفع بجزء من الملك العام، فإنها كانت مستغلة لهذا الجزء باعتباره مالكاً له وتحكمه قواعد القانون العام، ولم يكن ذلك إفصاحاً عن الإرادة الملزمة بل نتيجة اتفاق، تبادل فيه الطرفان الحقوق والواجبات.

ثم استطردت المحكمة قائلة: ((غني عن البيان أن العقد الذي محله الانتفاع بمال عام، هو بطبيعته من العقود الإدارية، لأنها توافق طبيعة المال العام، ولاتصالها الوثيق بمقتضيات النفع العام[2])).

هذا وتسجل على هذا القضاء:

---

[1] القضية رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ قضائية.

[2] الحكم الصادر في ١٩٦٢/٣/٣١، السنة ٧، ص ٥٣٥.

١-استند القضاء المذكور إلى الشروط الاستثنائية في تكييف العقد، مع العلم أن الشيء الجوهري في الموضوع ليس تلك الشروط، وإنما محل العقد الذي هو المال العام، إذ أن هذه السمة تستبعد مطلقاً أن تكون الأداة القانونية مدنية، لهذا فقد اعتبر الفقه والقضاء في فرنسا أن المرسوم بقانون الصادر عام ١٩٣٨ لم يستحدث جديداً بل كشف عن الصفة الإدارية لهذه العقود(١).

٢-ليس من المحتم أن تلجأ الإدارة في شغل المال العام إلى أسلوب العقود، بل إنها تختار بينها وبين القرار حسب ملاءمات المرفق ومصلحته.

وبالطبع فالعقود الإدارية تضفي بعض الثبات والاستقرار على مراكز الأفراد الذين يتعاملون مع الإدارة لا سيما أنهم قد يتكلفون مبالغ كبيرة في إقامة منشآت على المال العام، ومن ناحية أخرى فاعتبار الاتفاق من قبيل العقود الإدارية يخول القاضي عند نظر النزاعات سلطات أوسع من تلك التي يتمتع بها قاضي الإلغاء(٢).

أما إذا اعتبرنا الأداة القانونية قراراً إدارياً فالإدارة تتمتع في مواجهة المرخص له بسلطات واسعة لجهة رفض الترخيص ابتداء، أو لجهة وقف الاستعمال الخاص للمال العام، أو لجهة تعديل شروط الاستعمال أو إلغاء الرخصة.

ومن جهة أخرى فالإدارة قد ترغب في أسلوب القرار إذا ما أرادت أن تمتلك المزيد من التقدير والحرية في علاقتها مع الطرف الآخر(٣).

---

(١) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص ١٤٦.

(٢) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص ١٤٣.

(٣) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص ١٤٥.

الفرع الخامس

المركز القانوني للمرخص له تجاه الغير

تحدثنا سابقاً عن مركز المرخص له – متعاقداً كان أم متمتعاً بمركز ناشئ من قرار – وسنعرّج في هذا البحث على مركز المرخص له تجاه الغير.

وإنه لأمر طبيعي أن يتولد عن الحق ستار حاجز يحميه من الغير، لسبب بسيط هو أن الحق، هو الاستئثار بالشيء وإعطاء صاحبه مكنة: Faculte تسلُّطه على الشيء وتحميه تجاه الكافة، والقول بغير ذلك يعني أنه لا معنى للاستئثار.

وحقيقة الأمر أنه من المقرر في فرنسا أن المرخص له يعتبر مالكاً لمنشآته، إذ يحق له رهنها، كما يمكن توقيع الحجز عليها من قبل الغير طبقاً للمبادئ القانونية العامة[1].

وكما أن للمرخص له الانتفاع بهذه المنشآت فعليه وزرها، وهو يسأل عن الأضرار التي قد تصيب الغير بسببها، وتلك المسؤولية مقصورة عليه لا تتعداه إلى الإدارة بدعوى أنها مانحة الترخيص.

والأصل في الترخيص أنه شخصي لا يجوز التنازل عنه للغير، إلاّ إذا أقام الدليل على أن شخصية المرخص له لم تكن ملحوظة عند منحه[2].

وللمرخص له بموجب اختصاصه بجزء من المال العام نوعاً من الحيازة تخول له – حماية لها – حق الالتجاء إلى دعاوى وضع اليد ضد الغير[3].

---

(1) د. محمد زهير جيرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص ٣٠٤.

(2) د. محمد زهير جيرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص ٣٠٥.

(3) د. محمد زهير جيرانه: حق الدولة والأفراد على الأموال العامة، ص ٣٠٥ وانظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٢١/١١/٢٣ قضية Cosson مجموعة سنة ١٩٢٨، ص ٣٧٨.

ويترتب على تجريد المال العام زوال الرخصة التي كانت مقررة عليه، فهذه الرخص تصدر عن الإدارة بوصفها مالكة للمال العام وصاحبة السلطة الضابطة عليه، وصفتها هذه – الأخيرة – من خصائص ملكيتها للمال العام، وهي تبعاً لذلك تسقط عنها إذا زالت عن المال عموميته، إذ لا يعقل أن يبقى للتصرفات القانونية المرتبطة بهذه الصفة أثر بعد زوالها[1].

ونخلص مما تقدم إلى أن حقوق المرخص لهم إذا ما اشتملت على اختصاص قراريّ بالمال العام فإنه يتوافر لها – من حيثُ تسلّطها على هذا

المال، ومن حيثُ وسائل الحماية القانونية المقررة لها – خصائص الحق العيني، فلا معدى لنا من اعتبارها حقوقاً عينية إدارية لها ما للحقوق العينية عامة من صفات التسلط على المال والاحتجاج بها على الغير، والتلاشي أمام سلطات الإدارة ومقتضيات نشاطها[2].

---

(1) د. جيرانه: المرجع السابق، ص ٣٠٦.

(2) د. جيرانه: المرجع السابق، ص ٣٠٦.

الفرع السادس

الرقابة القضائية على عقد الإيجار الإداري

من المسلّم به أن قضاء العقود الإدارية ينتمي إلى القضاء الكامل، ويثير بعض المسائل القانونية التي تتداخل مع قضاء الإلغاء.

أجل، لقد عرضت المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة في سوريا رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩، عرضت لاختصاص هذا المجلس بالعقود الإدارية، وذلك بقولها: ((يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بأي عقد إداري)).

ويتضح من هذا النص أنه جاء على إطلاقه، وبذلك فهذا الاختصاص يشمل القضاء الكامل أي كل ما يتعلق بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه[١].

وعلى هذا الأساس فإذا كانت محكمة القضاء الإداري هي المختصة دون غيرها بالنظر في المنازعات الناشئة من عقد الاستثمار - وهو عقد إداري - فهي مختصة بكل ما يتعلق بهذا العقد من أمور كالكفالة المتعلقة بالمنازعة[٢].

ويمكن القول إن دعوى القضاء الكامل تتخذ المظاهر الآتية:

١- **دعوى بطلان العقد:** action en nullite، وبذلك فليس للمتعاقد الذي يبغي إلغاء العقد سوى سبيل القضاء الكامل دون دعوى الإلغاء التي لا توجه إلى العقود الإدارية.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصري في ١٩٥٦/١١/١٨، القضية رقم ١٨٨٠ السنة ١٠ قضائية.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصري في ١٩٦٠/٣/٢٤ مجموعة السنة ١٤، ص٢٢.

والذي يرفع هذه الدعوى هو المتعاقد، وليس الأجنبي الغريب عن العقد.

٢- **استهداف الحصول على مبالغ مالية:** كأن يتعلق الأمر بثمن متفق عليه أو بتعويض عن أضرار تسببها المتعاقد، أو لأي سبب آخر يؤدي إلى الحكم بمبلغ من المال.

٣- **دعوى إبطال تصرفات الإدارة المخالفة للالتزامات التعاقدية:** وهذه الدعوى محمولة على أي تصرف صدر عن الإدارة خلافاً للعقد حتى ولو اقتصرت دعوى القضاء الكامل على طلب إلغاء قرار إداري أصدرته الإدارة بصفتها المتعاقدة[1].

ولا تتقيد تلك الدعوى بحدود دعوى الإلغاء، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في ١٩٥٦/٩/٢٣ بخصوص إبطال القرارات المتعلقة بالأدوات والمهمات المملوكة للمقاول والموجودة في مكان العمل[2].

٤- **فسخ العقد action en resitation:** وللمتعاقد أن يفسخ العقد ضمن شروط محددة مع التنويه بأن اختصاص محكمة القضاء الإداري لا يقتصر على المنازعات المتعلقة مباشرة بالعقد سواء في تكوينه أو تنفيذه أو انتهائه، بل يتناول كل ما يتفرع عليه، ومن ذلك على سبيل المثال:

أ- الطلبات المستعجلة المتعلقة بالعقود الإدارية، والمثال على ذلك وقف تنفيذ القرار الصادر بفسخ عقد توريد.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر ١٩٥٦/١١/١٨، وحكمها الصادر في ١٩٥٧/٦/٢٧، القضية رقم ١٩٨ لسنة ١١ قضائية.

(٢) القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ قضائية.

ب- كذلك فقد قضى القضاء الإداري باختصاصه بالفصل في طلب التعويض عن حجز بعض العربات التي قضت هيئة التحكيم بأنها ملك للبلدية[1].

ج- تختص محكمة القضاء الإداري بالمنازعات المتعلقة بالأوامر التي تصدر على عريضة أحد الخصوم[2].

وكما قلنا سابقاً فدعوى الإبطال لا يمكن أن توجه إلى العقود، بل إلى القرارات الإدارية، أما في حال إبطال العقد فإننا نلتمس دعوى القضاء الكامل، هذا فضلاً عن أن إبطال العقد لا يلتمسه إلاّ أحد أطرافه، وهنا يجب التنبيه إلى الفرق بين المصلحة التي يجب أن تتوفر في العقد والمصلحة التي يجب أن تتوفر في القرار الإداري حيث تضيق في الحالة الثانية والعكس.

وهنا فرق آخر هو أن دعوى الإلغاء تقدم جزاءً لمخالفة مبدأ المشروعية، ونخص بالذكر ضرورة احترام قواعد الاختصاص، وأخذ رأي مجلس الدولة في الحالات التي ينص فيها القانون على شرط الكتابة، ثم الشروط المتعلقة بعيوب الإرادة، ثم الالتزامات التي تتولد عن العقد، ثم التزام أطراف العقد بتنفيذه شخصياً، وغير ذلك من الشروط التي نجدها في أسس ومبادئ وأصول القانون الإداري.

هناك ملاحظة هامة تجدر الإشارة إليها هي أنه إذا كان القانون الإداري يقوم على فكرة المواءمة بين حقوق السلطة الإدارية وحقوق الأفراد فهذه المواءمة تظهر جلية بالنسبة للبدل المالي في العقد.

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في ١٩٦٠/٣/٢٤ السنة١٤، ص٢٢.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في ١٩٥٦/١١/٢٥، القضية رقم ٤٢١٩، لسنة ٩ قضائية.

وبيان ذلك أن المتعاقد لا يلجأ إلى العقد إلاّ بدافع مالي، لذلك فهذا الشـــرط - الموازن لسلطات الإدارة في التعديل وغيرها - صلب وجامد: rigid، ويتمتـــع بالحصانة intangibilite، وبالتالي فشرط المقابل المالي في العقـــد الإداري هـــو شرط تعاقد de nature contractuelle، والإدارة لا تستطيع المساس به بـــالتعديل دون موافقة الطرف الآخر[1].

---

[1] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص ٥٦٩.

الفرع السابع

مصير عقود الإيجار العادية في حال الاستملاك

إذا افترضنا أن الإدارة استملكت مالاً خاصاً كان قد أجره مالكه قبل الاستملاك لشخص آخر، فما هو مآل عقد الإيجار المذكور؟؟... هل ينقضي هذا العقد باعتباره أداة قانونية تنتمي إلى منظومة قانونية تختلف بالطبيعة والجوهر عن المنظومة الأولى..؟؟

والسؤال الآخر الذي يمكن طرحه هو: هل هناك قواعد إسناد تتحكم في عملية الدمج فتقوم بصهر وعضونة الأداة المذكورة في النسق القانوني الجديد أي تجعلها عضواً وعنصراً من عناصر التنظيم الجديد؟

وهناك سؤال ثالث هو ما مصير الحق المكتسب، وهل يعتبر من المنظومة الجديدة ؟

إن فكرة الحق المكتسب التي تتمرس بفكرة العدالة - يجب أن تصان من قبل النظام القانوني في مجموعة، وليس من قبل نسق أو فرع من أنساقه أو فروعه لا سيما أن هذه الفكرة عماد النظام القانوني، وترقى إلى مستوى القيمة أو القوة الدستورية.

كيف عالج النظام القانوني هذه الإشكالية؟؟ لنستمع إلى أحكام محكمة النقض السورية.

حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٧/١١/٢٩ المتضمن أن الاستملاك من قبل البلدية للنفع العام، يغير صفته من ملك خاص إلى ملك عام عائد لها، ويتحول

إشغال المستأجر له إلى اشغال للملك العام، ويضحي في مركز المستثمر لـه، ولا يخضع لأحكام قانون الإيجارات[1].

ظاهر من هذا الحكم أنه – وقد أعوزه التحليل والتكييف والقبض على الآلية القانونية، أنه تهرب من الموضوع فألبسه لباس الغموض، وإلاّ فما المقصود من إشغال الملك العام؟؟.. ما هي الأداة القانونية التي تحكم هذا الإشغال ؟؟ ... . هل يسمح ملكوت القانون بهذا الغموض وعلم القانون ينزل من العلوم الاجتماعية منزلة الرياضيات؟؟..

إذا سلمنا جدلاً أن هناك أداة قانونية تحكم الإشغال، فهل هي قرار إداري أم عقد إداري؟ لا سيما أن هنالك نتائج بالغة على عدم التمييز بين الأداتين.

هذا ونشير إلى أن الحكم المذكور يتعارض مع حكم محكمة النقض رقم ٦٣٨ أساس مدني ١٠٤٢ الصادر في ١٩٧٦/٦/٩ المتضمن ما يلي:

((إضفاء صفة النفع العام على عقارات تملكها البلدية ملكية خاصة لا ينسحب أثره إلى عقود الإيجار المبرمة حولها قبل تاريخه، والقاضي المدني يتصدى عن طريق الدفع للنظر في عدم الاعتداد برجعية القرار الإداري...)). ومن حيث إن العقارات موضوع الدعوى كانت حين إبرام العقد ملكاً خاصاً للبلدية، ولم تكن معتبرة من العقارات التي تقوم بخدمة عامة وإن هذه الصفة قد أضيفت عليها بعد إبرام العقد، بمعنى أن المرآب ومحطة الغسيل والتشحيم لم تكن في عداد المرافق العامة قبل إبرام العقد، إذن فإضفاء صفة النفع العام قد حصل بمفعول رجعي نتيجة اعتبار البلدية قرار وزير الشؤون البلدية مسحوباً إلى تاريخ العقد بالرغم من عدم تضمين هذا القرار ذلك.

---

[1] قرار رقم ٢٢٣٣ أساس ١٨٦٥، مجلة المحامون لعام ١٩٧٨، قاعدة رقم ٢٤.

ومن حيثُ إن الأصل عدم رجعية القرارات، كما أن المسلم به في الفقه الإداري الفرنسي أن قاعدة عدم الرجعية في القرارات الإدارية، وفي حال الشك يرجح عدم الرجعية ... والقاضي المدني يتصدى لعدم الاعتداد بالرجعية بطريق الدفع[1].

والملاحظ على هذا الحكم أنه انطلق من نقطة عدم إمكان الوزير إسباغ النفع العام بمفعول رجعي.

ولكن السؤال المطروح هو: لماذا انطلقنا من هذه النقطة؟؟.. ولماذا لا ننطلق من نقطة أن الوزير يستطيع بداءة أن يضفي الصفة العامة على تلك الأموال وتكون النتيجة نفسها؟؟.. ثم لماذا لا نفترض أن الوزير مارس اختصاصه بصورة واعدة؟ وأفصح عن إرادة نظرت فتدبرت فقدرت فتبصرت بشؤون المرفق ومقتضياته ومواءماته.

والحكم الأخير يتعارض مع حكم محكمة النقض رقم ٤٩٠ أساس ٣٨٧ الصادر بتاريخ ١٩٧١/٦/٢٢ والذي قضى بأن استملاك العقار ثم ضمه للأملاك العامة بقصد توسيع طريق يقضي باعتبار عقد الإيجار المبرم بشأنه عقد إشغال يخضع للقانون الإداري، وإن عدم ضم البلدية هذا العقار إلى الطريق العام لا يبطل أثر الاستملاك، ويبقى الإشغال خاضعاً للرسم[2].

هنا افترض الحكم أن الإشغال قام على أساس قرار إداري بدليل إخضاعه للرسم.

ولكن ألا يمكن أن تكون الإدارة قد ضمّت جزءاً من العقار المستملك ليكون حرماً للطريق العام؟ وهل يجوز – تبعاً لمبدأ الفصل بين السلطات – أن تتدخل سلطة في شؤون سلطة أخرى؟

---

[1] المحامون لعام ١٩٧٦، صفحة ٦٧٠، قاعدة ٨٢٧.

[2] المحامون لعام ١٩٧٥، صفحة ٧٠٢، قاعدة ٨٧١.

أجل، يمكن للقضاء أن يحكم بالتعويض على الإدارة، ولكن هل يملك فرض الأداة القانونية عليها.. أم يقتصر دوره على الكشف عن تلك الأداة وتقريرها؟؟

الرد على ذلك يمكن أن يكون بالإيجاب، ولكن ماذا لو أن الإدارة – كما في هذه الحال – لم تصدر أية أداة قانونية، فهل يملك القضاء أن يقتحم الحياة الإدارية؟؟ ويضيف إليها ما هو غريب عنها.

حكم محكمة النقض السورية الصادر في ١٩٧٥/٤/١٦ المتضمن:
((إن استملاك العقار للنفع العام لا يؤثر على العلاقة الايجارية القائمة، ومن الرجوع إلى دفتر الشروط الخاص بتأجير الحانوتين يتضح أن العلاقة بين الطرفين هي علاقة ايجارية، وإن كون العقار مستملكاً للمنفعة العامة، لا يؤثر على هذه العلاقة... ومن حيث أن قيام المستأجر بمخالفة الشروط العقدية يجيز للجهة الطاعنة مقاضاته والطلب إلى المحكمة فسخ عقد الإيجار وإخلاء المأجور[1])).

[1] المحامون لعام ١٩٧٥، صفحة ٤٣٢، قاعدة ٥١٦.

الوضع السليم للإشكالية

ظاهر من هذه الأحكام مدى تخبطها واشتباهها، ونعتقد أن السبب في ذلك هو أن محكمة النقض عانقت الموضوع، وحللته بروح القانون المدني، وفككته بأوليات هذا القانون وأسسه وموازينه وبذلك بدت الصورة لا تنطلق من طبائع الأشياء والنسب المركوزة فيها.

وبيان ذلك أن كل فرع من فروع القانون محكوم بروح خاصة، وبالتالي فلا يجوز نقل فكرة من منظومة فرع إلى بنية أخرى إلاّ إذا تقبلتها تلك البنية، وصبت عليها عصارتها الهاضمة، وأدرجتها في نسيجها.

ذلك أن عقد الإيجار القائم على العقار المستملك، كان قبل الاستملاك مندرجاً في منظومة قانونية هي منظومة القانون الخاص، ثم حدث الاستملاك، فهل أن ذلك يؤدي بالضرورة المنطقية والفنية إلى نقله من منظومته في كتلة التشريع المدني إلى كتلة أو آليات القانون العام؟؟ ثم ما هي الأداة التي قامت بذلك؟؟

هنا يمكننا التساؤل عن تلك الأداة التي تقوم بالنقل، وهل يتم ذلك بصورة ميكانيكية صرف؟؟

في نظرنا إن تحليل هذا الأمر يجب أن ينطلق من مفاتيح وأدوات هي:

١-**المركز القانوني الذاتي في القانون الإداري:** وهذا المركز الذاتي: acte individuele، إما أن ينشأ مباشرة من القاعدة الموضوعية objective شريطة تحقق أمور معينة، وإما أن ينشأ من التصرف القانوني acte juridique، وطبعاً فهذا التصرف هو العقد أو القرار الإداري.

وفي هذه الحال، فالمركز القانوني للمستأجر لم ينشأ من القاعدة القانونية، إذن فهل نشأ من قرار أم من عقد.

وبالطبع، فما لم تقم الجهة الإدارية المستملكة بالإفصاح مجدداً عن إرادتها، فالتصرف الفردي مفقود، وليس لنا إذن أن نبحث عن منشئ لهذا المركز الذاتي، أو عن إرادة مفترضة لأن الإرادة المفترضة هي من خلق النص القانوني ليس إلاّ.

إذن يجب البحث عن إرادة جديدة للإدارة صريحة كانت أم ضمنية، وبالطبع فالإرادة الضمنية هي إرادة حقيقة وإن لم تكن ظاهرة.

٢-**مسألة خصائص المال العام:** لقد اتضح لنا سابقاً أن تلك الخصائص تفرض ذاتها على الأداة القانونية، وليس العكس، والقول بغير ذلك يعني إعطاء الإدارة مكنة Faculte التحكم بخصائص المال العام التي حددها القانون وخاطب الإدارة ودعاها إلى احترام هذه الخصائص والتصرف في حدودها.

٣-**فكرة الحقوق المكتسبة:** هذه الفكرة تفرض نفسها على النظام القانوني برمّته، لكنها لا تستطيع تعطيل أسس وأصول قانونية أخرى مساوية لها، وهنا ليس أمامنا إلاّ الموازنة بين جماع المؤسسات والأصول.

ذلك أنه من الضرورة بمكان احترام الحق المكتسب، ولكن ليس ذلك على حساب قاعدة الاختصاص أو قاعدة التخصيص للنفع العام، وغير ذلك.

ويظهر أن محكمة النقض السورية كانت مولعة بمبدأ الحق المكتسب على حساب الأصول الأخرى، ولهذا جاءت أحكامها مجتزأة، اللهم إلاّ إذا قصدنا من الحق المكتسب التعويض الذي يستحقه المتعاقد.

٤-**قاعدة الاختصاص:** إن السلطة الإدارية هي القوامة على نشاطها، وهذه القوامة مشتقة من مسؤوليتها حسب الأصل القانوني المشهور: حيثما تكمن السلطة تكمن المسؤولية، والعكس.

وقيام السلطة الإدارية على المال العام قد يكون نابعاً من سلطتها الضابطة أو سلطتها المرفقية علماً أن سلطة الضبط لا تعبر عن نفسها فنياً إلاّ من خلال الأوامر.

إذن كيف نتصور أن عقد إيجار مدني يتحول إلى أمر إداري.

لنفترض أن الإدارة استملكت العقار الخاص، فهل نقول إن عقد الإيجار تحول إلى عقد إداري، وهل يأتلف إشغال الطريق العام مع فكرة العقد؟؟ أم أنه يخضع لآلية الأمر باعتباره يدخل في الوظيفة الضابطة، وهذا الدخول لا يمكن أن يعبر إلى دائرة القانون الإداري إلاّ من خلال قنطرة هي اختصاص السلطة الإدارية المقترنة بوزنها للأمور من خلال مسؤوليتها، وإلاّ نكون قد فرضنا على الإدارة ميكانيكياً أموراً خارجة عن إرادتها.

والخلاصة: إن استملاك المال للنفع العام يؤدي إلى هلاك وانقضاء الأدوات القانونية الخاصة القائمة عليه بقوة القانون، ولا يمكن لهذه الأدوات أن تشق طريقها عبر منظومة القانون الإداري إلاّ من خلال إرادة صريحة وواضحة أو إرادة ضمنية، أو من خلال نص قانوني ينظم ذلك، وعند غياب النص لا تستطيع مؤسسة القانون الخاص أن تنخرط تلقائياً في نسيج القانون العام.

الفرع الثامن

عقد الإيجار الإداري في النّظام القانوني السّوري

تمهيد

بالطبع نقصد هنا بالنظام القانوني أحكام التشريع واطراد القضـــاء، ثـم إجماع الفقه على مسألة من مسائل القانون.

ولا حاجة للتدليل بأن عقد الإيجار الإداري يقوم على مفهوم إداري المحتد والمنبت والنشأة، ولذلك فهو - بالأساس - من عمل القضاء الإداري، وبالمقـابل فالتشريع - على صعيد نظامنا القانوني - لم يتعامل مع هذا العقد إلاّ من جوانب ضيقة نخصها بالذكر، المرسوم التشريعي رقم ١٠٦.

لهذه الأسباب، فجهدنا سيتحدد في دائرة عمـل القضاء وآراء علم القانون ((الفقه)).

المطلب الأول

عقد الإيجار الإداري في ميزان القضاء السوري

مُقدّمة

ونقصد بهذا القضاء، القضاء الإداري في المقام الأول، ثم القضاء العادي لسبب بسيط هو أنه كثيراً، ما تطرح بعض عقود الإيجار الملتبسة على القضاء العادي، على أساس أنها تدخل في ولايته، وهكذا ينبري القضاء المذكور ويزيل الاشتباه ويعطي حكمه في الموضوع سلباً كان الأمر أم إيجاباً.

البند الأول

عقد الإيجار الإداري على ضوء رؤية محكمة النقض:

وفي هذا الصدد نسجل الملاحظات الآتية:

١-لقد قمنا باستقراء الأحكام المتعلقة بالموضوع اعتباراً من ١٩٧٦/١/١، واعتمدناها في هذه الدراسة.

٢-عرضنا لبعض الأحكام المتعلقة بمواضيع هذا الكتاب، ولو لم يتصل الأمر مباشرة بعقد الإيجار الإداري.

٣-سنقدم تعليقاً مبسطاً لكل حكم من الأحكام التي عرضنا له.

٤-إن تقديم هذه المادة للقارئ تحيطه علماً وعن كثب، بما يجري قضائياً، وفي الوقت نفسه – والمادة الخام هي المرافعة الأولى لكل بحث فقهي – تتيح له أن يتعامل ذاتياً مع تلك الأحكام، وأن يوظفها في مجال الفقه أو في مجال القضاء أو في مجال آخر وفيما يلي هذه الأحكام:

حكم محكمة البداية المدنية السادسة في دمشق الصادر بتاريخ ١٩٧٥/١٢/٣١ المتضمن ما يلي: ((إن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الأفراد لاستثمار محل لبيع الفلافل والمرطبات لا يعتبر عقداً إدارياً لعدم اتصاله بالمرفق العام من حيث تنظيمه واستغلاله، وبالتالي فالقضاء العادي هو المختص وإن طلب المستثمر منع الإدارة من التعرض له، في استثماره عقارها، ووقف نفاذ قرارها بطرده منه لانتهاء المدة المحددة في العقد، أو لأي سبب آخر، إنما هو طلب متوافر فيه صفة الاستعجال، ويكون القضاء المستعجل مختصاً بذلك[1])).

---

[1] الحكم رقم ٣٥٨ أساس مستعجل رقم ٢٤٠ محامون لعام ١٩٧٦، قاعدة ٢٣٢.

وفي نظرنا إن هذا القضاء سليم بسبب عدم اتصال العقد بأغراض المرفق الإداري سواء لجهة تنظيمه أو تسييره أو أهدافه، أي بسبب عدم إضفاء صفة النفع العام على نشاط المحل، وبالتالي فالإدارة لا تستطيع اللجوء إلى إجراءات التنفيذ المباشر بسبب عدم وجود نص قانوني خاص واستثنائي يخول لها تلك السلطة.

وبالمقابل فالمتعاقد يملك كافة المكنات القانونية المتفرعة عن عقد الإيجار العادي، ويقف مع الإدارة على قدم المساواة: en pied d'egalité أمام القضاء، ومن ذلك طلب منع التعرض له، وغير ذلك من أو اليات القانون المدني.

حكم محكمة النقض الصادر في ١٩٧٩/٣/١٠ المتضمّن ما يلي:

((إن إسباغ النفع العام على إجراءات الاستملاك، هو من حق الجهة الإدارية المستملكة، وهي غير ملزمة ببيان صفة هذا النفع، أوْ بسرد العناصر التي استهدفها مرسوم الاستملاك، ألا وهي وجود النفع العام))[١].

لقد صوبت محكمة النقض الأمر بتعاملها السليم مع السلطة التقديرية التي هي حُريّة في التقييم والوزن والملاءمة، وهذه الحرية لا تعرف التقييد فيما هي فيه[٢]، والقانون الإداري يفرق بين التقدير في ذاته وبين الآلية التي يتم فيها هذا التقدير، ففي الحال الأولى تكون الإدارة حرّة والعكس.

ومن جهة أخرى فقد صوبت هذه المحكمة موقفها من سبب القرار الإداري، إذ أن الإدارة ليست ملزمة بالإفصاح عن هذا السبب، وإن كان عدم الإفصاح لا يعني أن القرار غير محمول على سببه، بل هو من كوامن الإدارة occult، وعلى من يدعي عدم قيامه الإثبات.

---

[١] الحكم رقم ٢٠٧ أساس ٩٧ محامون لعام ١٩٧٦، قاعدة ٤٤٦.

[٢] ولكن تمتع الإدارة بالحرية الكاملة في عنصر من عناصر القرار الإداري لا يعني تمتعها في كافة عناصره وأركانه.

حكم محكمة النقض الصادر في ١٩٧٦/٦/٢٩ المتضمن ما يلي:

((إذا انصب العقد على استغلال مطعم أو سينما كمؤسسة تجارية بما تتضمنه من حق إيجار وتجهيزات وعدد وزبائن، فإنه يكون عقد استثمار[١])) .

وقضاءنا العادي غزير المادة حول عقد الاستثمار الخاضع لأدبيات وأحكام القانون المدني، وما على القارئ إلاّ أن يلتمس ذلك في مظانه.

حكم محكمة تنازع الاختصاص الصادر في ١٩٧٧/٦/١٣ المتضمن:

((إن المحاكم العادية هي المرجع المختص في نظر النزاع الدائر بين البلدية وشاغلي أملاكها الخاصة على اعتبار أن العلاقة بين الطرفين ينظمها قانون الإيجار، وليس القانون رقم ١٠٦ لعام ١٩٥٨ لعدم صدور قرار عن الوزير المختص باعتبارها تقوم بخدمة لها صفة النفع العام، لا يسبغ على هذه العلاقة الصفة الإدارية مجرد اعتماد شكليات قرار الإشغال المنصوص عنها في المادة ٤٠ من قانون البلدية[٢])).

وهذا الحكم يؤكد أن الطبيعة الموضوعية للمال هي التي تلقي بصمتها على الأداة القانونية فتطبعها بطابعها دون أن يكون هنالك أي دور للإرادة الذاتية للإدارة.

حكم محكمة النقض الصادر في ١٩٧٧/٣/٣١ المتضمن:

((إن احتفاظ البلدية ببعض غرف عقارها وإشغالها دون تسليمها إلى مستثمره كفندق رغم أنها داخلة في عقد الاستثمار لا يبرر للمستثمر مطالبة البلدية بأجر مثل تلك الغرفة لانتفاء عنصر الغصب))، إنما يجيز له مطالبتها بفسخ العقد، أو إنقاص الأجرة مع التعويض، وذلك أمام القضاء العادي

---

[١] الحكم رقم ٦٩٥ أساس ١١٩١، المحامون لعام ١٩٧٦، قاعدة رقم ٦٧١.

[٢] الحكم رقم ١٣ أساس ١٦، المحامون لعام ١٩٧٧، قاعدة رقم ٢٧.

لأن القانون رقم ١٠٦ لعام ١٩٥٨، وإن كان قد أخرج عقود استثمار بعض عقارات الدولة من أحكام قانون الإيجار لجهة التمديد القانوني والإخلاء إلاّ أن بقية المنازعات بشأنه لا تزال خاضعة للقواعد العامة لا سيما ما تعلق منها بوجوب تسليم تمام المأجور أو فسخ العقد أو إنقاص الأجرة[١].

هذا، وإننا نخالف محكمة النقض في حكمها المذكور، وفي نظرنا إن تلك المحكمة قطعت أوصال القضية مخضعة قسماً منها للقضاء الإداري والقسم الآخر للقضاء العادي، وبالطبع يبدو هذا التناقض واضحاً إذا كانت أداة الاستثمار عقداً إدارياً عندئذ يستطيع قاضي العقد (محكمة القضاء الإداري) أن يبسط ولايته على كافة عناصر الدعوى دون التقيد بعنصر واحد ((تسليم المأجور أو إنقاص الأجرة أو غير ذلك)).

حكم محكمة النقض الصادر في ١٩٧٧/١١/١٧ المتضمن:

((إن الشروط التي تضعها البلدية في العقد والتي من شأنها أن تلزم الطرف الآخر اتباع طريقة معينة في الاستثمار وبتهيئة منشآت في محل الاستثمار بحيث يمكن لها وضع يدها عليها وبيعها عند إسقاط حق الاستثمار إنما تستبعد عن العقد صفة عقد الإيجار، وتضفي عليه صفة عقد الاستثمار، وإذا قصر المستثمر في تنفيذ التزاماته، واضطرت البلدية إلى إحالة منشأة الاستثمار إلى شخص ثالث على حساب ومسؤولية المستثمر الأصلي، فإنه يتوجب عليها أداء نصيبه من الاستثمار اللاحق ومن ثم إجراء التقاص بين مطلوبه منها وما يترتب عليه لصالحها ما لم يوجد نص مخالف في العقد أو القانون[٢])).

---

[١] المحامون لعام ١٩٧٧، قاعدة ٢٤٨، حكم رقم ١٣٠ أساس ١٠٧.

[٢] الحكم رقم ١٢١ أساس ١٥٣٠، المحامون لعام ١٩٧٨، قاعدة رقم ٥.

ويتضح من هذا الحكم أن محكمة النقض - وهي على صواب - وضعت حجاباً حاجزاً بين عقد الإيجار وعقد الاستثمار وإذا كانت لم تسم المسميات بأسمائها.

ومن جهة أخرى فقد اعتبرت هذه المحكمة الشروط الاستثنائية الخارجة على أحكام القانون المدني وغير المألوفة لديه، هذه الشروط هي التي تضفي على العقد سمة عقد الاستثمار.

حكم محكمة النقض الصادر في ١٩٧٨/٢/٤ المتضمن:

((إذا كان مستثمر السينما قد رفع الأعمدة وأحدث بعض الإنشاءات نتيجة التزام مسبق بإحداثها تنفيذاً لشروط عقد الاستثمار الإداري المبرم مع البلدية، فإن اختصاص النظر في مطالبة البلدية بالتعويض عما لحق بصدده جراء ذلك، إنما يعود للقضاء الإداري[1])).

حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٤٩/١٢/٨ حول قيام مصلحة السكة الحديدية بالتعاقد مع شخص على أن تترك له منفعة مقاصف ((بوفيهات)) بعض محطاتها نظير مبلغ معين يدفعه لها، وقد أطلقت عليه اسم عقد إيجار، وكانت تلك المصلحة ترفع يد المتعاقد عن المقاصف عقب انتهاء المدة، وهكذا فقد تمسك هذا الأخير بامتداد الإيجار بحكم القانون، فقضت محكمة النقض بأن هذا العقد من نوع خاص أشبه بأداء خدمة عامة، ولا تسري عليه أحكام قانون إيجار الأماكن[2].

---

[1] الحكم رقم ٣ أساس ١٥٤، المحامون لعام ١٩٧٨، قاعدة رقم ٢١٧.

[2] عرض لهذا الحكم المحامي الأستاذ شحادة القطري في مقاله الموسوم بعنوان مدى التمييز بين عقد الإيجار وعقد الاستثمار، محامون لعام ١٩٨٤، ص ٩٨١.

قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا تبين من نصوص العقد الذي رخصت به بلدية الإسكندرية لأحد الأفراد في استغلال كازينو النزهة، وقد وصف بأنه عقد إيجار، إلاّ أنه تضمن من القيود الواردة على حق المنتفع ما ينافي طبيعة الإيجار ويخرج المتعاقد عن نطاقه[1].

حكم محكمة النقض في سوريا الصادر في ١٩٨٣/١١/٨ المتضمن ما يلي:

((المحلات التجارية لم تكن في يوم من الأيام مرفقاً عاماً حتى ولو تضمن العقد من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[2])).

هذا وإننا نسجل على هذا الحكم الملاحظات الآتية:

١- لقد عرض الحكم لشروط العقد الإداري، وهي الارتباط بمرفق عام – احتواء العقد على شروط استثنائية – أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

وهذه الشروط – ولا شك سليمة – ولكن المحكمة فهمت المرفق العام على أنه مرفق عام عضوي أي كجزء من جسم الدولة Corp، ويخضع لإشرافها وإدارتها في حين أن المفهوم الموضوعي أو المادي materielle للمرفق العام لا يشترط ذلك، بل يكفي فيه أن يؤدي حاجة عامة، ويخضع للشروط الاستثنائية كوسيلة لحمل الحاجة العامة والاضطلاع بها وحمايتها.

ولو رجعنا إلى القضية بالذات، نرى أن موضوع النزاع يدور حول تخمين دكان مؤجر في محافظة دمشق إلى أحد الأفراد لبيع الموالح والسكاكر.

---

[1] مقال الأستاذ القطري، ص ٩٨٦.

[2] القرار رقم ٤٨٤، القضية ٥٠٣٣ لعام ١٩٨٣، محامون لعام ١٩٨٥، قاعدة ١٢٥.

وحقيقة الأمر أن حكم محكمة النقض السورية المذكور كان سليماً من حيثُ النتيجة، وإن أعوزه التعليل والتأصيل العلمي لجهة اكتناه مضمون المرفق العام، بل إن الدكان نفسه إذا خضع لشروط استثنائية، وقدم خدمة عامة للجمهور بتوجيه الإدارة ورقابتها أمكن أن يخضع للقانون الإداري.

حكم محكمة النقض الصادر في ١٩٨٤/١٢/٢٩ المتضمن:

((إن عقد بيع قطعة من أرض عائدة لمصرف مؤمم لشخص عادي لا يمكن اعتباره عقداً إدارياً ولا يتعلق بتسيير مرفق عام ولا يستهدف تحقيق مصلحة عامة[1])).

حكم الهيئة العامة لمحكمة النقض المتضمن:

((إن العبرة ليس بتسجيل العقار باسم الدولة، وإنما بتخصيصه للنفع العام بالفعل[2])).

هكذا ميز هذا الحكم بين أموال الدولة الخاصة وأموالها العامة، وهذه الأموال الأخيرة، هي التي تتمتع - في نظر هذا الحكم - بالتحصن والحصانة تصرفاً وحجزاً.

حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٥٥/١١/١٠ المتضمّن:

((إن العبرة في تكييف العقد لما تضمّنه وما حواه من نصوص، فإذا تبين أنه وصف بعقد إيجار، إلاّ أنه يتضح من مجمل نصوصه، وما فرض من التزامات وقيود أنه لا يصح اعتباره عقد إيجار، لأنه تبين من هذه القيود ومرماها أن الإدارة في تعاقدها مع المستأجر لم تكن تقصد أن يكون المحل معداً للتجارة، بل كانت تبغي تحقيق مصلحة عامة وهي خدمة المسافرين في قطاراتها بأسعار معتدلة، فهو التزام بخدمة عامة[3])).

---

(١) القرار رقم ٢٢٤٩، القضية رقم ٤٤٤٩ لعام ١٩٨٤ قاعدة ١٨٧، محامون لعام ١٩٨٥.

(٢) محامون لعام ١٩٩٢، ص ٢٥٠.

(٣) مجموعة عمر رقم ١٥٩، ص٤٤٥.

ويتضح من هذا الحكم مدى الخلط اللفظي، إذ رفضت المحكمة تسميته عقد إيجار اعتقاداً منها أن تلك التسمية لا تطلق إلاّ على إيجار الأماكن العادية، وفضلاً عن ذلك فقد أسست العقد على داعي المصلحة العامة، وهو تأسيس سليم من حيثُ النتيجة دون التعليل لسبب بسيط هو أن المصلحة العامة وصف قانوني عام لا يصلح لتأسيس الآليات القانونية، ولا بد في ذلك من تأسيس فني لا سيما أن كافة أعمال الإدارة تستهدف المصلحة العامة، وهكذا كان على المحكمة أن تعتمد المرفق العام وسيلةً فنية لتأسيس العقد الإداري.

حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٤٤/١١/٢٣ المتضمن ما يلي:

((إن تصرف السلطات الإدارية في الأملاك العامة لانتفاع الأفراد بها لا يكون إلاّ بترخيص، والترخيص بحكم طبيعته معين الأصل غير ملزم للسلطة المرخصة التي لها دائماً لداعي المصلحة العامة الحق في إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله وإعطاء الرخصة ورفض الرجوع فيها وإلغاؤها، كل ذلك أعمال إدارية يحكمها القانون العام، فصدور الترخيص مقابل رسم لا يمكن أن يخرجه عن طبيعته ولا يجعله عقد إيجار خاضعاً لأحكام قانون إيجار الأماكن[1])).

ويتضح من هذا الحكم أنه قصر الترخيص على دائرة القرار مستبعداً العقد، وقد أوضحنا هذا الموقف القديم للقضاء العادي في مصر، وقلنا إنه تخلى عن هذا الموقف.

حكم محكمة النقض في سوريا الصادر في ١٩٨٥/١١/٢٦ المتضمن ما يلي:

---

[1] مجموعة عمر رقم ١٥٩، ص ٤٤٥.

((نصت المادة الأولى من القانون رقم ١٠٦ لعام ١٩٥٨ على أنه تعتبر عقود استثمار العقارات المملوكة للدولة والبلديات والمؤسسات العامة التي أنشئت لتقوم بخدمة لها صفة النفع العام بتراخيص صادرة عن الجهات الإدارية، ولا تخضع لأحكام قوانين الإيجار النافذة في كل ما يخالف الأحكام الواردة فيه[1])).

وهكذا تكون المحكمة قد ارتكبت الخلط اللفظي باستعمال تعبير عقد إشغال مع العلم أنه لا يوجد في علم القانون ما يسمى عقد إشغال، ومن جهة أخرى، فهذه المحكمة استعملت عبارة ترخيص إداري، وهي تقصد القرار الإداري، وكان من الأفضل تسمية الأمور بمسمياتها.

حكم محكمة النقض رقم ٣٠٧ تاريخ ١٩٩٣/٦/١٧، وقد حكمت بأن العقد الذي أبرمته مديرية أملاك الدولة المتعلق بفندق بلودان الكبير، هذا العقد يخضع للقانون المدني[2].

ويظهر أن المحكمة غلبت ملكية الفندق على مقتضيات الحاجة العامة التي يضطلع بها الفندق.

حكم محكمة النقض السورية المتضمن أن تحديد بدل الاستثمار عن طريق المزايدة لا يبدل في صفة العقد[3].

حكم محكمة الاستئناف المدنية في دمشق الصادر بتاريخ ١٩٨٦/٤/١٠ المتضمن ما يلي[4]:

---

(١) القضية رقم ٨٩٤ قرار رقم ٥٢٣، محامون لعام ١٩٨٦، قاعدة ٣٢.

(٢) محامون لعام ١٩٩٤، ص ٢٤٨.

(٣) محامون لعام ١٩٧٥ قرار رقم ٨٤٤/٣٧٤ تاريخ ١٩٧٥/٤/٢٨، محامون لعام ١٩٧٥، ص ٤٣٢.

(٤) القضية رقم ٦٠ لعام ١٩٨٦ قرار ٢٢٠، محامون ١٩٨٦، قاعدة رقم ٣٦٤.

((قيد المشرّع الإدارة في إصدار قراراتها المسبغة صفـــة النفـــع العـــام بقيدين:

١-أن تكون العقارات المستهدفة لمثل هذه القرارات قد أنشئت في الأصل لتقوم بخدمة لها صفة النفع العام.

٢-أن تكون مملوكة للدولة والبلديات أو المؤسسات)).

ولقد تابع الحكم قوله: ((إن هلاك المأجور يكون بهلاكه قانونياً وفعليـــاً، وذلك بهدمه، أما بقاء المأجور على حال وبقاء المستأجر ينتفع به دون أن يـــهلك رغم ضمّه للأملاك العامّة، لا يعتبر من قبيل الهلاك)).

والملفت للانتباه في هذا الحكم - رغم النتـــائج التـــي توصـــل إليـــها - تطلبه العبارة الآتية: من حيثُ تبيّـــن ممـــا ســـبق بيانـــه أن العقـــار موضـــوع الدعوى الحق بالأملاك العامة، إلاّ أنه لا يؤدي خدمة لها صفـــة النفـــع العـــام كالفنادق والمنتزهات، بل لا يزال يســـتعمل كـــدار لسكن المدعـــي، وبذلـــك فهذا الحكم لا يعتبر كل مـــال عـــام يحقـــق المصلحـــة العامـــة، وهـــذه هـــي نظريـــة الفقيه ((فالين)) التي أكدها - كمـــا ســـبق قولـــه - الفقيـــه توفيـــق شحاته في مصـــر، والتـــي مؤداها أنه ليـــس كـــل مـــال عـــام يحقـــق النفـــع العام كالأقلام والدفاتر البسيطة، وغير ذلك، وإنمـــا لا بـــد لـــهذه الأمـــوال أن تكون مهيأة بطبيعتـــها لذلـــك ((كـــأن تكـــون موضـــع الاحتكـــاك المباشـــر للجمهور)) أو تتصل بغـــرض مـــن أغـــراض الضبـــط، أو بصـــورة عمـــل إداري خاص يحدد لها هذا الـــهدف.

وهذا ما أكدته محكمة النقض السورية بقولها: ((إذا لقي قيد عقار كســـبب استملاكه وتسجيله ملكاً عاماً في السجل العقاري دون أن تكتمل مراحل التنفيـــذ الفعلي للتنظيم، كما لو بقي على حاله الأصلية، دون أن تتبدل صفته الواقعيـــة،

ويتم إشغاله بموجب رخصة بلدية، فإن عقد الإيجار لا ينقلب إلى عقد إشـــغال، ويبقى محتفظاً بماهيته وتكييفه السابق[1])).

حكم محكمة الاستئناف المدنية في دمشق المتعلق باستثمار شخصي لحـــد كان من الإدارة، وتخصيصه لصناعة وبيع المجوهرات، حيثُ أخرجتـــه هـــذه المحكمة من ولاية القانون رقم ١٠٦، وعللت حكمها تعليلاً سائغاً ومقبولاً[2].

البند الثاني

قضاء المحاكم الإدارية

فيما يلي بعض الأحكام التي صدرت عن هذه المحاكم:

حكم المحكمة الإدارية العليا في سوريا الصادر في ١٩٧٦/٦/٢١ المتضمن:

((إن البلدية لا تملك من تلقاء نفسها إخلاء عقار داخـــل فـــي أملاكـــها الخاصة لتقوم بتسليمه إلى مشتريه، وإنما لها مراجعة القضاء العادي)).

لقد صوبت هذه المحكمة الأمر مؤكـــدة أن الإدارة فيمـــا يتعلـــق بعقـــود الإيجار العادية تقف على قدم المساواة مع الأفراد، وإن كان عليها في هذا المقام أن ترجع إلى القضاء العادي لا سيما أنها ليست حيال عقد إيجار إداري يخـــول لها إنهاءه من طرف واحد.

حكم المحكمة الإدارية العليا في سوريا الصادر في ١٩٧٦/٦/١٤ المتضمن:

((إن عقد بيع أرض تملكها مؤسسة الإسكان ملكية خاصة يعتـــبر عقـــداً إدارياً إذا تضمن شرطاً يلزم المشتري بإنشاء محطة للمحروقات عليها باعتبارها تؤلف نوعاً من المرافق العامة[3])).

---

[1] القرار رقم ٤٢٣/١٢٦٩، تاريخ ١٩٧٨/٥/٣١، محامون لعام ١٩٧٨، ص٣٨١.

[2] محامون لعام ١٩٧٦، قاعدة رقم ٦٤٦.

[3] طعن رقم ٢١١ محامون لعام ١٩٧٦، قاعدة ٤٦٤.

هكذا يتضح أن مال الدولة الخاص يمكن أن يكون موضوعاً لعقد إداري إذا كان جزءاً من عملية قانونية مركبة لمصلحة مرفق عام وفي إطار مآلاته أي في إطار تقديم حاجة عامة مطردة ومنتظمة.

حكم المحكمة الإدارية العليا في سوريا الصادر في ١٩٧٨/٥/٢٢ المتضمّن:

((إن قرار وزير الإدارة المحلية رقم ٤٨ تاريخ ١٩٧٢/٥/٦ بنقل صلاحيات الوزير إلى المكتب التنفيذي، إنما ينصرف إلى بعض الصلاحيات الواردة في قانون الإدارة المحلية، أما باقي الصلاحيات والاختصاصات الواردة في قوانين أخرى، ومنها القانون رقم ١٠٦ لعام ١٩٥٩، فلا يشملها السماح بالتفويض طالما أن المشرّع قد رخص الوزير بها، ولم يفوضه بتفويض غيره، وبذلك يبقى أمر تحديد العقارات التي تقوم بمخدمة لها صفة النفع العام منوطاً بالوزير[1])).

وننوه استطراداً بأن قواعد الاختصاص في القانون العام لها مقاربات كثيرة لقاعدة الأهلية في القانون الخاص، لذلك فإن إعمال قواعد التفسير على الأحكام المتعلقة بنظرية التفويض الإداري يجري في أضيق الحدود[2] stricto sensu، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في الحكم آنف الذكر في صدد تفسير القانون رقم ١٠٦.

حكم المحكمة الإدارية العليا في سوريا الصادر في ١٩٨١/٦/١٥ المتضمّن:

---

(١) القضية رقم ١٨١ قرار ٢٨٤ محامون لعام ١٩٨٢، قاعدة ٥٢.

(٢) د. محمود إبراهيم الوالي: نظرية التفويض الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي -ط١، ١٩٧٩.

((إن التراخيص باستثمار مقلع من أملاك الدولة هو ترخيص مؤقت في طبيعته يهدف إلى إتاحة الفرصة أمام المرخّص له بإبقاء الرخصة سارية المفعول وخلال مدتها)).

ومن جهة أخرى فهي غير ملزمة بعد انتهاء مدتها[1].

وحقيقة الأمر أن تكييف هذه المحكمة للرخصة الصادرة في صورة قرار إداري، هو تكييف سليم فيما يتعلق بتوقيعها، وكونها من الأعراف القانونية.

حكم محكمة القضاء الإداري في سوريا الصادر في ١٩٨١/١٠/١٥ المتضمن ما يلي:

((إن سماح الإدارة لشخص بإشغال الأملاك العامة مدة محددة يحمل طابع الترخيص بالإشغال المؤقت الذي تملك الإدارة فيه سحب الترخيص في كل وقت، وهو بعيد عن مفهوم الرابطة العقدية المعروفة في القانون العام والخاص[2])).

هنا تكلمت المحكمة خطأ عن السحب، وكان المفروض بها أن تستعمل جهازاً مفاهيمياً آخر هو الإلغاء، لأن السحب - كما هو معلوم - يزيل آثار القرار منذ صدوره وهو مشروط بمخالفة القرار للقانون وعدم المساس بالحقوق المكتسبة، إضافة إلى عدم تحصين القرار بمضي الميعاد المحدد، ألا وهو ستون يوماً كموازنة لحق الفرد في الطعن في القرار الإداري.

ومن جهة أخرى فالحكم سليم من حيثُ النتيجة إلاّ أنه صيغ بطريقة يفهم منها أن الترخيص لا يتم إلاّ في صدور قرار في حين أن العقد ليس بعيداً عن ذلك.

---

(١) القضية رقم ١٨١ قرار ٢٨٤، محامون لعام ١٩٨٢، قاعدة ٥٢.

(٢) القضية رقم ١٢٣٤ لعام ١٩٨١ قرار ٤٢٧، محامون لعام ١٩٨٢، قاعدة رقم ١٢٥.

حكم محكمة القضاء الإداري في سوريا الصادر في ١٩٨٨/١/٨ المتضمن:

((لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل في المنازعات الناشئة في عقد ضمان محاصيل ثمار الأشجار المبرم بين منشأة مزارع الدولة وأحد الأفراد، ولا يدخل هذا العقد في مفهوم العقود الإدارية[١])).

وقد صوبت هذه المحكمة الأمر على اعتبار أن هذه العقود تتناول أموال الدولة الخاصة.

وهذا هو مسلك المحكمة الإدارية العليا في سوريا بشأن بيع الإدارة أنقاض السيارات المستعملة، ثم موقفها من العقود المتعلقة بالاشتراك في التلكس[٢].

والأمر على خلافه بالنسبة لحكم محكمة القضاء الإداري المتعلق ببيع فضلة طريق عائدة للإدارة فقد اعتبر ذلك عقداً إدارياً[٣].

ونحن لا نتفق مع هذا النهج، اللهم إلا إذا كان البيع يحقق مآلات المرفق العام، أو يقدم حاجة عامة مطردة ومنتظمة، أما إذا كانت هذه الغاية تحقق مآلاً خاصاً محضاً، فعندئذ لا يمكن التعبير عن هذا البيع إلا بأدوات وترجمات القانون الخاص.

حكم محكمة القضاء الإداري في سوريا الصادر في ١٩٨٥/٤/١١ المتضمن:

---

[١] القضية رقم ٤٨٩ قرار رقم ٧ محامون لعام ١٩٨٠، قاعدة رقم ٢٧٩.

[٢] القضية رقم ٦٧٠ قرار رقم ٢٨٧ لـ ١٩٩٢/٨/٣٠ محامون لعام ١٩٨٣ قاعدة رقم ٧٩.

[٣] محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ١٢٠٢، قرار رقم ٥٠٩ تاريخ ١٩٨٢/١١/١٢ محامون لعام ١٩٨٣، قاعدة ٣٣٤.

((إن عدم صدور قرار سحب أعمال عقد استثمار مطعم ومشرب الصالة المؤمنة لمطار دمشق الدولي عن وزير النقل مباشرة حسب نص المادة ٥٧ من المرسوم التشريعي ذي الرقم ٢٢٨ لعام ١٩٦٩، لا يجعل تلك القرار منعدماً، وإنما يقف الأمر عند حد قابلية القرار للإلغاء، فإن تم الرضوخ والموافقة على قرار السحب من المتعهد أو من أحد الشركاء المتضامنين، فإن ذلك يحول دون الإلغاء[1])).

لقد اعتبرت المحكمة هذا العقد إدارياً، وهو تصويب وتسديد سليم يتفق مع حكم القانون.

حكم محكمة القضاء الإداري في سوريا في القضية رقم ٤١٥ قرار ١٩ تاريخ ١٩٨٥/٤/١٨، محامون لعام ١٩٨٧، قاعدة رقم ٤٩٠، وتتعلق هذه القضية بعقد استثمار، حيث أخضعته تلك المحكمة لأحكام القانون الإداري.

حكم مجلس الدولة السوري رقم ٤٠٥ قرار رقم ١٥ تاريخ ١٩٨٧/١/٢٦ محامون لعام ١٩٨٧، قاعدة رقم ٤٨٢، وقد أكد أن الإدارة لا تملك إنهاء العلاقة الايجارية القائمة على تأجير عقار من أموالها الخاصة.

حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٣٥ قرار رقم ٩٧ تاريخ ١٩٨٩/٦/١٢، محامون لعام ١٩٨٩، قاعدة رقم ١٥٦، وقد أكد هذا الحكم أن الإدارة لا تملك سلطة تقدير حكمه من منح تراخيص المقالع، وإن الترخيص موقوت ولا يتمتع بصفة الديمومة.

حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٨٩/٢/٦ المتضمن اعتبار العقود التي أبرمتها الإدارة مع الأفراد بشأن حدائق سوق الهال العائدة لبلدية الباب اعتبرتها عقوداً إدارية على اعتبار أنه تم إعلان تعلقها بالنفع العام سنداً

---

[1] القضية رقم ٨٨، قرار رقم ١٧٥، محامون لعام ١٩٨٥، قاعدة رقم ٤٩١.

للقانون رقم ١٠٦ لعام ١٩٥٨، وبالطبع فالمحكمة أخذت بالمعيار المادي والموضوعي للمرفق العام الذي هو تحقيق حاجات عامة رئيسة ومنتظمة للجمهور.

حكم محكمة القضاء الإداري في سوريا رقم ١٠٢، القضية رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٧، وقد اعتبرت عقداً خاضعاً للقانون المدني، ذلك العقد المتعلق باستئجار المؤسسة العامة للسينما داراً لاستثمارها، وأساس ذلك أن العقد هو عقد إيجار، وأنه إذا كانت عقود الاستثمار من العقود الإدارية، إلاّ أن المقصود بذلك العقود التي تبرمها الجهات الخاصة مع الدولة، وأن كلمة الاستثمار في العقد لا تغير في الطبيعة الواضحة للعقد، وأنه عقد إيجار [١].

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل إن الإدارة تمارس نشاطها بقصد الربح الصرف وبالسمة والأوضاع التي يمارس بهاالشخص العادي لنشاطه ((النشاط المماثل))، أم أنها تمارس هذا النشاط بقصد وهدف تنمية الوعي العام وكمظهر من مظاهر النفع العام، كأن تركز مؤسسة السينما على عرض الأفلام ذات السمة الإنسانية، أو ذات الأهداف التربوية والقومية، وهنا ينهض سؤال هام هو، ما المانع من كون العقد إدارياً إذا تضمن شروطاً استثنائية تلبي حاجة عامة منتظمة ومطردة هي تنمية الوعي والثقافة ((مرفق عام تربوي واجتماعي)).

حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٧٢ لسنة ١٩٧٤، وقد ذهبت هذه المحكمة إلى عدم اختصاصها في المنازعة المتعلّقة بعقد استثمار أرض زراعية عائدة لوزارة الدفاع لانتفاء سمة المرفق العام [٢].

---

[١] مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة القضاء الإداري لعام ١٩٧٧، ص٣٣-٣٥، قاعدة ٦٣، وانظر المحامون لعام ١٩٩٢، ص٢٤٨ إيجار ٢٤٦ أساس ١٧٣٢ـ ١٩٧٧/١١/٣٠، محامون لعام ١٩٧٨، ص٧ بشأن استثمار سينما في حلب.

[٢] مجموعة محكمة القضاء الإداري في سوريا لعام ١٩٧٧،ص٣٥-٣٧وانظر مجلة المحامون لعام ١٩٩٢، ص ٢٤٨.

حكم محكمة القضاء الإداري في سوريا، وقد حكمت بأن العقد الذي يستهدف نشاطاً تجارياً أو مالياً، هذا العقد من عقود القانون الخاص بعكس ما استهدف خدمة مرفق عام[1].

المطلب الثاني
عقد الاستثمار في وعي الفقه
في سوريا[2]

ويغلب على هذا النشاط الفقهي سمة المقال وفقاً للتفصيل الآتي: -مقال الأستاذ نصرت منلا حيدر – وهذا المقال هو في حقيقته رد على سؤال نشر على صفحات مجلة المحامون في سوريا، وخلاصة المقال والجواب ما يلي:

((إن صدور قرار الوزير المختص باعتبار عقار يقوم بخدمة لها صفة النفع العام ليس كافياً وحده إعطاء هذه الصفة للعقار، ما لم تتفق هذه الصفة مع الواقع[3])).

ويلاحظ أن الأستاذ حيدر اعتبر لغواً قرار الوزير الذي أضفى سمة النفع العام على اعتبار أن ذلك يتعارض مع الواقع الحي، وعلى اعتبار أن النفع العام حقيقة عيانية ملموسة، وليس شكلاً أو عنصراً خارجياً يقحم على المال.

---

(1) القضية رقم ٢٠٢/٣٨ـ١١/٢/١٩٨٢، محامون لعام ١٩٨٢، العدد ٥، ص٥٥١.

(2) استعملنا المفهوم الدارج، لكن غير العلمي المفهومي.

(3) محامون لعام ١٩٨٤، ص ٢٤٧.

لكن ما هي وسائل الطعن في قـــرار الإدارة، وقـــد أغلـق القـانون الطعن؟؟

يجيب عن ذلك الأستاذ حيدر بقـوله: لو تركنا الأمور على علاتها لكـان هذا القرار غير محمول على سبب على اعتبار أن المبرر في القرار هو النفـع العام، وهذا الشرط غير متوفر.

ولكن القانون أغلق الباب في هذا المجال، إذن فليس أمامنا إلاّ الطعن على أساس اتسام القرار بعيب التعسف في استعمال السلطة.

- مقال الأستاذ المحامي القطري الموسوم بعنوان: ((مدى التمييز بيـن عقـد الإيجار وعقد الاستثمار[1])).

ويغلب على معالجة هذا البحث تأثره بأدبيات وأصول ومجـالات القـانون الخاص.

- مقال المحامي الأستاذ بشار الموصلي الموسوم بعنوان: ((حول التمييز بيـن الإيجار والاستثمار، ويغلب عليه معالجة الموضوع في إطار روابط القـانون المدني)).

- مقال الأستاذ المحامي محمد بشير جزائرلـي الموسـوم بعنـوان: ((عقـد الاستثمار[2]))، وهو مقال ضاف، وإن كان يتناول العقود المتعلقة بالمحـال التجارية، ومع ذلك فقد تعرض الباحث إلى استثمار سينما من قبل الدولة ثـم استثمار كازينو ومعمل[3].

---

[1] محامون لعام ١٩٨٤، ص ١٩٧٩.

[2] محامون لعام ١٩٩٢، ص ٢٤٧.

[3] محامون لعام ١٩٩٢، ص ٢٦٦.

الخلط اللفظي

نقول الخلط اللفظي، وليس الخلط الموضوعي لأن هذه الظاهرة -موضوع بحثنا - كانت موضوعاً لخلط لفظي- معيب وعبثي ومربك، الأمر الـــذي قـد يؤدي - إذا لم يتم تصويب المدلول اللفظي إلى الوقوع في خلط موضوعي[1].

ومع ذلك فنحن نقر بأن الذين وقعوا في الخطأ اللفظي لم يقعـــوا بـــالخلط الموضوعي، بل استطاعوا أن يتبينوا أن لتلـــك الظـــاهرة أحكامـــها وقواعدهـــا الموضوعية النيرة.

وحقيقة الأمر إن تقدم أي علم من العلوم إنما هو رهين بضبـــط الألفـــاظ الدالة على هذا العلم، أو ما عبر عنه أحد الفقهاء بقوله: إن تكون الأفكار وثيـــق الصلة بموضوع الألفاظ المعبّرة عنها، وإن معنى قولنا عن علم معين إنه تطـــور وتقدم، هو أن ذلك العلم قد ضبط لغته ضبطاً محكماً عن طريق تفسير ألفاظـــه، وبجعل الألفاظ القائمة أكثر دقة وتحديداً[2].

ولاحاجةللقول إن القانون يواجه كثيراًمن الأفكارغيرالمحددة، ووظيفة علم القانون (الفقه) توضيح مقومات هذه الأفكار، ثم تنظيفهامما علق بهامن الشوائب.

وبالطبع فإذا ما قام علم من العلوم بإطلاق لفظة معينة على مسمى، فـــهذا المصطلح هو الواجب اتباعه إذ لا يصح الوقوف عند الأصول اللغوية للكلمـــات متى خرجت عن مدلولاتها، والقول بغير ذلك يتعارض مع وجوب الاعتراف لكل علم بالقدرة على تحديد معانٍ ومـــدلولات خاصة بالكلمات خلافاً الأصلية[3].

---

[1] انظر في التمييز بين الخلط اللفظي والخلط الموضوعي كتابنا: نحو نظرية عامة في العرف الإداري، دمشق، ١٩٨٦، دار عكرمة ص١٨ وما بعدها.

[2] د. عصام عبد الوهاب برزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، القـــاهرة، دار النهضة العربية ص ١٢٨.

[3] د. ثروت بدوي: النظام الدستوري العربي، ج١، ١٩٦٤، القاهرة، دار النهضة العربيـــة، ص ٨٨.

إذن فالخلط اللفظي قد يؤدي إلى الخلط الفكري المفهومي، وهـذا الخلـط الفكري المفهومي يبعدنا عن روح المجال، لا سيما إذا احتجنا إلى إعمال قواعـد التفسير لفهم ما غمض أو نقص في حكم من الأحكام.

وما يوضحه المثال لا يوضحه المقال: قد نتعامل مع رابطة قانونية علـى أساس أنها عقد استثمار ثم نحتاج إلى سد بعض الثغرات الموجودة في هذا العقد، مستعينين بقواعد الإسناد وقواعد التفسير، فما هي الكتلة المرجعية التي نـؤوب إليها، ونستعين بها من أجل سد تلك الثغرات، أو تفسير مظان الغموض.

وبالمقابل، إذا قمنا بالضبط المفهومي، واخترنا للمفهوم مجـازه اللغـوي المناسب، وأطلقنا عليه بحق مصطلح عقد الإيجار، فبمقدورنا في مثل هذه الحـال أن نستعين بكتلة نصية تسعفنا عند كل حاجة.

وحقيقة الأمر أن التعامل مع لغة الفقه والاجتهاد في سوريا تواجهنا بقمطر من الأخلاط والاشتباهات والتداخلات اللفظية العابثـة العـاجزة عـن التحديـد والضبط.

وفيما يلي عرض لهذه المواقف اللفظية واللغوية الخاطئة التي اسـتعملت في صدد التعامل مع تلك الظاهرة على أن نردف ذلك ونعقب عليه بتحديد الضبط اللغوي المناسب.

حكم محكمة تنازع الاختصاص في سوريا، وقد تضمن أن المحاكم العادية هي المرجع المختص في نظر الـنزاع الدائريـن البلديـة وشـاغلي أملاكـها الخاصة[1].

ويلاحظ القارئ هنا استعمال اللفظ شاغل.

---

[1] قرار رقم ١٣ أساس تنازع ١٦ تاريخ ١٣/٦/١٩٧٧- مجلة المحامون لعام ١٩٩٧ قـاعدة رقم ٢٧.

حكم محكمة النقض السورية الصادر في ١٩٧٧/١١/٢٩ المتضمن ما يلي:

((إن استملاك عقار من قبل البلدية للنفع العام يغيّر صفته من ملك خاص إلى ملك عائد لها، وسيحول إشغال المستأجرين إلى إشغال للملك العام، ويصبح في مركز المستثمر له، ولا يخضع لأحكام قانون الإيجارات[1])).

والملاحظ أن هذا الحكم استعمل التعابير الآتية:

إشغال المستأجر له - إشغال للملك العام - ويصبح في مركز المستثمر له.

وبالطبع فهذه التعابير مبهمة وغير وضعية إذ أن أداة إشغال الملك العام قد تكون عقداً أو قد تكون قراراً إدارياً، وعبارة مركز المستثمر له غريبة عن لغة النظام القانوني الإداري، حيث الأعمال الخاصة لا تظهر في هذا القانون إلاّ في صورة عقد أو قرار، أما الاستثمار فهو المظهر الاقتصادي للمركز، ولا يتأتى لهذا المظهر وصف وتحديد المركز القانوني ((الفاعلية القانونية)) التي تنتجه.

حكم محكمة النقض الصادر في ١٩٧٨/٥/٤ وقد تضمن ما يلي:

((إن مطالبة البلدية بالتعويض حول بعض إنشاءات في السينما تنفيذاً لعقد الاستثمار الإداري المبرم معها، هذا العقد من اختصاص القضاء الإداري[2])).

إذن فنحن - حسب تحديد محكمة النقض - حيال عقد استثمار إداري.

حكم محكمة النقض في سوريا الصادر في ١٩٧٨/٥/٣١ وخلاصة هذا الحكم أنه نتيجة لاستملاك يتحول عقد الإيجار إلى عقد إشغال يخضع للقانون الإداري[3].

---

(1) قرار رقم ٢٢٣٣ أساس ١٨٦٣ محامون لعام ١٩٧٨ قاعدة ٢٤.

(2) القرار رقم ٨٣ أساس ١٥٤ محامون لعام ١٩٧٩، قاعدة ٢١٥.

(3) القرار رقم ١٢٦٩ أساس إيجارات ٤٢٣، محامون لعام ١٩٧٨، قاعدة ٥٠٦.

هكذا ببساطة يتحول عقد الإيجار إلى عقد إشغال.

حكم محكمة النقض الصادر في ١٩٩٣/٢/٢٥ المتضمن أن ما يميز عقد الاستثمار عن عقد الإيجار هو كلمة الأجر[1].

حكم محكمة النقض الصادر في ١٩٨٣/١١/٨ المتضمن أن الفارق بين عقد الاستثمار وعقد الإيجار يضيق جداً بحيث يصعب التمييز بينهما[2].

حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٥٥/١١/١ وقد جاء فيه:

((ولو كان عقد الإيجار موضوع الدعوى عبارة عن ترخيص إداري أو عقد إشغال لكان، مثلاً وليس على سبيل الحصر قد نص على حق الإدارة إلغاء العقد في أي وقت، ولكان العقد فعلاً غير ملزم للإدارة[3])).

وإذا انتقلنا إلى لغة الفقه في سوريا فالاختلاط والتداخل أشد وأدهى تشابكاً وغموضاً.

- مقال المحامي الأستاذ شحادة القطري الموسوم بعنوان مدى التمييز بين عقد الإيجار وعقد الاستثمار[4].

ويتضح من العنوان أن الأستاذ القطري وضع حجاباً حاجزاً بين عقد الإيجار وعقد الاستثمار لجهة الطبيعة والجوهر مع العلم أن عقد الاستثمار هو عقد إيجار من نوع خاص أي يخضع للنظرية العامة لعقد الإيجار، وإن استثنى من بعض الأحكام من الوجهة التشريعية الوضعية، أما من الناحية الفقهية، فليس ثمة أي تمييز بينهما.

---

(١) القرار رقم ٢٣٢٠ أساس ٨٣٢٢، محامون لعام ١٩٩٤، قاعدة ٩.

(٢) قرار رقم ٤٨٤، القضية رقم ٥٠٣٣، محامون لعام ١٩٨٥، قاعدة ١٥٢.

(٣) المحامون لعام ١٩٩٢، ص ٢٤٩.

(٤) المرجع السابق.

- مقال الأستاذ بشار الموصلي الموسوم بعنوان: ((حول التمييز بين عقد الإيجار والاستثمار [1])).

هنا يتساءل الأستاذ الموصلي عن حقيقة وجود عقد استثمار، فيجيب بالنفي فيما بين الأفراد، ولكنه يعود ليقول:

((نعم هناك عقد استثمار بين الدولة والأفراد حول الأموال التي تقوم بخدمة عامة)).

ويتابع القول: لا يوجد عقد يسمى عقد استثمار بين الأفراد، بل إن وجود هذا العقد بين الدولة ومن يتعاقد معها على إدارة مرفق عام، وإن عقود الاستثمار مع الأفراد، إن هي إلاّ عقود إيجار [2]، والأمر العجيب هو نفي عقد الاستثمار بين الأفراد، والأستاذ الموصلي يسميها بأسمائها أي عقود إيجار، ويضيف بأن هذه العقود تهدف إلى التحايل على قانون الإيجار والخروج على أحكامه.

- مقال الأستاذ نصرت منلا حيدر المتضمن ما يلي: ((إن العقود الجارية بشأن الأملاك العامة هي عقود إدارية وإشغالها لا يعد إيجاراً ولا استثماراً، سواء أكانت متعلقة مباشرة بهذه المرافق كإشغال الأرصفة مثلاً، أو بصورة غير مباشرة كما لو تناولت خدمة أبنية ملحقة بمرافق عامة كالمقاصف الملحقة بالحدائق العامة أو محطات النقل)).

وأضاف الأستاذ منلا حيدر في معرض كلامه عن الأموال العامة: إن عقود إشغال هذه الأموال يعتبر تراخيص إدارية.

- مقال الأستاذ محمد بشير جزائرلي الموسوم بعنوان: عقد الاستثمار [3]، وقد عرف نظرية عقد الاستثمار بأنها نظرية متكاملة في جوهرها وأن العناصر المؤلفة للمؤسسة محل عقد الاستثمار تعتبر مالاً منقولاً معنوياً يتمتع بنظام قانوني خاص ويخضع لأحكام القانون العام هو القانون المدني.

- (١) المرجع السابق.
(٢) المحامون لعام ١٩٩٢، ص ٢٤٦.
(٣) المحامون لعام ١٩٩٢، ص ٢٧٩.

وأبعد من ذلك فالأستاذ جزائرلي يعتبر عقد الإيجار قريباً جداً من عقد الاستثمار[1].

إذن فالأستاذ جزائرلي يعتبر عقد الاستثمار يدور في فلك القانون الخاص، خلافاً للأستاذ موصللي الذي يعتبره من معطيات روابط القانون العام.

لقد أحست هيئة تحرير مجلة المحامون في سوريا هذا الاختلاط في تحديد ماهية تلك الظاهرة القانونية، فانبرت لتقديم دراسة وافية استعرضت فيها أوجه التناقض من أحكام القضاء في سوريا وخلصت للنتائج الآتية:

١-إن عقد الاستثمار ليس له أي مستند قانوني ولم ينظم أحكامه اي نص من نصوص القانون، ولم يرد ذكره في أي قانون، أو تشريع، وقد أوجده الاجتهاد ليميزه من عقد الإيجار في حالات استغلال المتجر أو المصنع.

٢-إن القانون رقم ١٠٦ لعام ١٩٥٨ أتى على ذكر عقد الاستثمار، ولكن في غير الحالات الموجودة في الاجتهاد، كما أن المرسوم التشريعي رقم ٢٠٢ الصادر في ١٩٦٤/٨/٦ أتى على ذكر عقد الاستثمار في مادته الأولى التي نصت على ما يلي:

((تعتبر عقود استثمار عقارات الخط الحديدي الحجازي تراخيص صادرة عن جهة إدارية، ولا تخضع لأحكام القوانين الخاصة بالإيجار[2])).

٣-نرى أن القضايا الناشئة من العقد الذي أطلق عليه عقد استثمار باعتباره ينصب على استغلال مؤسسة تجارية أو صناعية بما فيها من عناصر مادية ومعنوية يخضع لاختصاص محاكم الصلح المطلق عملاً بالفقرة /١/ من المادة ٦٣ من أصول المحاكمات على اعتبار أن هذه المحاكم تنظر في

---

[1] مقاله الموسوم بعنوان عقد الاستثمار، المحامون لعام ١٩٩١، ص ٧٣٨.

[2] يلاحظ القارئ اقتران عبارة عقود بكلمة تراخيص.

الدعاوى الناشئة عن عقد الإيجار بشكل مطلق وعام، ويشمل ذلك العقار والأموال المادية والمعنوية، ولا يقتصر أثر هذه المادة على عقد إيجار العقارات.

ويخلصُ هذا التعليق إلى القول: العقد المسمى بالاستثمار إنما هو عقد إيجار المأجور[1].

من جُماع ما تقدم فالعقد الذي ينصب على منفعة أموال الدولة العامة هو عقد إيجار إداري باعتباره عقد إيجار من جهة، ويتمتع بسمات مميّزة هي خضوعه لروابط القانون العام.

واستناداً إلى ذلك فعقد إيجار المحلات التجارية، إنما هو عقد إيجار في المقام الأول ينصب على التمكين من منفعة أموال، وهو بذلك يخضع للنظرية العامة لعقد الإيجار، وإن كان عقد إيجار خاص له خصائصه المميّزة المستمدة من محله ألا وهو ممارسة النشاط التجاري أو الصناعي، وبالطبع فهذه الخصوصية لا تخرجه عن انتمائه الجوهري للماهية الايجارية.

---

[1] المحامون لعام ١٩٧٦، ص ٥٤٤ ويمكن الاستئناس بمجموعة الأحكام التي اعتمدها هذا التعليق.

خاتمـــة

الوعي بمفهوم عقد الإيجار الإداري

((تقييمنا وتقديرنا للموضوع))

وسمنا هذا البحث بعنوان ((الوعي بعقد الإيجار الإداري))، قاصدين هنا من الوعي الإدراك الكلي للظاهرة: طابعها العام، ماهيتـــها الممـــيزة، وجهتـــها، غايتها ومرتجاها.

ويتضح من رصدنا العام لهذه الظاهرة أننا تعاملنا معها إجرائياً ومنـــهجياً على أساس حزمه من الدوائر، والمفاتيح المفتاحيـــة: les notions de clcy، أي على أساس عدة غرف مقفلة، حيثُ كنا نفتح – وباحترام قواعد العلية والارتبـــاط – تلك الغرف، غرفة إثر غرفة، مستبعدين – بادئ ذي بدء – أن ينصـــب هـــذا العقد على إيجار أموال الدولة الخاصة: domain privé، ومدللين في الآن نفســـه، وندلل بأن عقد الإيجار المذكور هو عقد إيجار acte de administration، وليـــس عقد إيجار إداري: administralive.

وبيان ذلك أن الإدارة، قد تجري بعض عقود إيجار على أموالها الخاصة، ففي مثل هذه الحال لا تخضع تلك العقود إلى القانون الإداري، بل إلى الشـــريعة العامة – أي أحكام القانون المدني.

وبالطبع، فلا يجوز التحدي – في مثل هذه الحال – بالشروط الاســـتثنائية التي قد يتضمنها العقد، أي لا يكفي تتضمن العقد بعض مظـــاهر الســـلطان أو أساليب القانون العام التي تعطي الإدارة بعض الامتيـــازات، أو تثقلـــها ببعـــض التكاليف والأبهاظ من أجل تحقيق الصالح العام.

وبمعنى أوضح، فلا بد من عنصر موضوعي يجب أن يتوفر بالمال هـو أن يكون هذا المال عاماً لا خاصاً.

وفي الخطوة الثانية، قلنا إن العقد المذكور هو عقد إيجـار، أي محصـول على حق الاستعمال droit user، أو حق الاسـتغلال: droit de jouir بـالمعنى العلمي والفقهي المقصودين من ذلك[1].

وبطبيعة الحال، فهذه الأموال، إما أن تكون أموالاً عامة أو تابعة للمرفـق العام، أو مكرسة لخدمته.

ولقد توقفنا عند محطة ((عقد))، وقلنا إن هذه الظاهرة القانونية، تعتبـر عقداً بكل ما تعنيه هذه الكلمة من مدلول، وما ترتب من نتائج وآثار قانونية، وإن الذي أضفى عليها هذه السمة هو مبدأ سلطان الإرادة، أي ذلك التراضي الذي تـم بين الإدارة والأفراد، فهذا التراضي، هو الذي يضفي على تلك الظاهرة سـماتها الخاصة، ويحدد ماهيتها الذاتية، ولا يغير في الأمر قيام الإدارة بوضـع بعـض الشروط لصالح المرفق العام وكراسات الشروط، وذلك قبل ابرام العقد، كمـا لا يغير في الأمر شيئاً تمتع الإدارة بعد الابرام بنظام استثنائي هو وسائل القـانون العام المستمدة من الأنظمة والتشريعات الإدارية، أومن أصول القانون الإداري.

وبالطبع فقد استبعدنا في هذا المقام التراخيص التي تجريها الإدارة علـى الأموال العامة بإرادتها المنفردة في صيغة قرارات إدارية، ولقد قلنا إن العقـود الإدارية التي تتناول منفعة أموال عامة أو مرفق عام، هذه العقود هي تراخيص، لكنها تتميز من الرخص الانفرادية، حيثُ أسهبنا في الأسباب التي تدعـو الإدارة للجوء إلى العقد الإداري في مثل هـذا المقـام، دون اللجـوء إلـى الرخصـة الانفرادية، ومن أهم هذه الأسباب إضفاء الاستقرار لصالح المتعاقد.

---

[1] انظر في هذا التمييز، د. محمد كامل مرسي: الأموال، مطبعة لرغائب، القـاهرة، ١٩٣٥، ص ١١٢.

وتعامل هذه الظاهرة ومعانقتها لأموال الدولة العامة هو الذي يضفي عليها هذه السمة، وقد أكدنا أن المال العام - بتحقيقه للنفع العام - هو الميسم الذي يسم الأداة القانونية بميسمه، وبالتالي فقد استبعدنا أن تكون العقود المنصبة على أموال الدولة الخاصة مصطبغة بسمة عقود القانون العام، إذ القول بذلك يجعل الإدارة تتحكم بطبيعة المال العام فتوليها وجهة تخالف الوجهة التي ولاها القانون.

ولقد رتبنا على ذلك استثناء هو أن يقيم الفرد مرفقاً عاماً على المال الخاص ((محطة بنزين))، فأنئذٍ نواجه نظام المرفق العام، وليس نظام مال الدولة الخاص.

وهنا ينبغي إضاءة نقطة هامة هي أن الأساس في العقد الإداري أن تكون الإدارة طرفاً فيه، لكن السؤال الذي يطرح نفسه يتعلق بصحة العقد الذي يبرمه فرد أو شخص معنوي من أشخاص القانون الخاص، وما إذا كان العقد المذكور يعتبر عقداً إدارياً أم لا.

لقد اعتبرت محكمة القضاء الإداري في مصر هذا العقد مدنياً لانتفاء التفويض إلى أشخاص القانون الخاص[1].

وهذه هي وجهة نظر بعض فقهاء القانون في مصر[2]. بيد أن المحكمة الإدارية العليا في مصر نهجت نهجاً آخر، وإن كان قد وضعت قيداً على ذلك هو اتصال العقد الذي تبرمه إحدى شركات القانون الخاص لصالح الإدارة، اتصاله بسير المرفق العام، مع اتباع وسائل القانون العام[3].

---

(1) القضية رقم ٢٣٥، السنة ١٣ قضائية، المجموعة ص ٢٥٦.

(2) د. عثمان عباد: الضابط الشكلي في المعيار المميز للعقد الإداري، المحاماة، سنة ٥٩، ص ١١١.

(3) القضية رقم ١٥٥٨ لسنة ٧ قضائية/ مجموعة سنة ٩، ص ٧٦٣.

هكذا كان علينا تحديد المقصود من الاتصال بالمرفق العام، وهذه هي المحطة الأساسية في تلك الظاهرة، بل في القانون الإداري على اعتبار أن القانون الإداري هو بالأصل قانون المرافق العامة le critere de service public، لا سيما إذا اتصلت الأداة القانونية بالمرفق العام لجهة تنظمه أو تسييره أو إدارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه[1].

واستطراداً يمكن القول إن هذا التعريف هو دستور النظام القانوني للمرفق العام والمبدأ الأعلى الذي يسوس أنشطته المختلفة، وبذلك فإن معاونة أشخاص القانون الخاص للإدارة على صعيد المرفق، هذه المعاونة تدخل في رواق القانون الإداري، وهذا يحسم الجدل الذي سبق التنويه به والمتعلق بإقامة مرفق عام على مال خاص مملوك للدولة .

وفي صدد ذلك عرضنا لقضاء مجلس الدولة المصري الذي اعتبر مشروع تأمين الشاي من قبل لجنة توزيع خاصة، اعتبر ذلك مرفقاً عاماً[2].

والأمر نفسه بالنسبة للمشروعات الفردية التي تسهر على تأمين وتوزيع رغيف الخبز[3].

بيد أن هنالك ملاحظة جديرة بالتنويه هي أن رغيف الخبز أو مادة الشاي، إنما هما معطيان واقعيان ماديان موضوعيان من معطيات الحياة اليومية، والمعطى من هذا النوع لا يشكل بطبيعته وماهيته الذاتية حقيقة الحاجة العامة، والأمر نفسه بالنسبة للسلع الحياتية الأخرى.

---

(1) مجلس الدولة المصري: الحكم الصادر في ١٩٥٦/٩/١٦، القضية رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ قضائية.

(2) السنة العاشرة، المجموعة، ص ٣٠٧.

(3) محكمة القضاء الإداري في مصر: ١٩٥٩/٦/١٤، المجموعة، استئناف ١٢ و ١٣، ص ١٦٠.

فعلى سبيل المثال، قد يكون الدواء متوفراً في مجتمع ما، وعندئذٍ لا يأخذ توفير، تلك الأهمية البالغة، كما لو كان مفقوداً، والأمر نفسه بالنسبة لتأمين النقل، أو تأمين أية حاجة من حاجات الجمهور الصحية أو الاجتماعية أو الاقتصادية.

وعلى هذا الأساس، فلا بد من اشتراط سبب آخر يضاف إلى هذا المعطى، حتى تعتبر الحاجة عامة، أي حتى تعتبر مرفقاً عاماً بالمعنى الموضوعي.

وبيان ذلك أن التطابق لا يتم بالضرورة بين المرفق العام بالمعنى العضوي والمرفق العام والمعنى الموضوعي، وقد يوجد مرفق عام بالمعنى الموضوعي لا يقوم به مرفق عام بالمعنى العضوي، أو قد يوجد مرفق عام بالمعنى العضوي يقوم بنشاط لا يعتبر مرفقاً عاماً بالمعنى الموضوعي[1].

ومن أوضح الأمثلة عن الصورة الأولى التزام المرافق العامة، وكذلك بنك التسليف الزراعي والتعاوني الذي اعتبرته محكمة القضاء الإداري في مصر مؤسسة خاصة مع قيامه بنشاط مرفق[2]، والأمر نفسه بالنسبة للجمعيات التعاونية[3].

وبالطبع فإن إضفاء سمة المرفق العام على النشاط الخاص ذو خطورة، إذ أن ذلك يؤدي إلى نفاذ المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة على الكثير من الأنشطة الخاصة كنشاط بائع الخبز والصيدلاني والمستشفى الخاص والمزارع والتاجر، بل وسائق سيارة الأجرة[4] هذا فضلاً عن أن ذلك يعطي امتيازاً للنشاط الخاص، ويخل بقاعدة المساواة بين المواطنين، بل ويعطي احتكاراً لشخص ما ببيع سلعة من السلع.

---

(1) د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٠، ص٤٧٣.

(2) حكمها الصادر في ١٩٥٤/١/١٨.

(3) حكمها الصادر في ١٩٦٣/١/٦.

(4) د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق ص ٤٧٤.

هكذا ظهر شرط آخر ينبغي توافره في النشاط الذي يشبع حاجة عامة حتى يمكن اعتباره مرفقاً عاماً، هو أن تكون نية السلطة العامة ((التشريعية أو التنفيذية)) قد اتجهت إلى اعتباره كذلك[1].

والقول بوجود هذه النية، والعكس ينبغي التمييز بين ما إذا كانت الإدارة هي التي تقوم بالنشاط دون الأفراد فالنشاط الذي يُشبع حاجة عامة، وتقوم به جهة عامة، يفترض أن نية السلطة العامة اتجهت إلى اعتباره مرفقاً عاماً.

ذلك أن كافة أنشطة الوزارات والهيئات العامة ووحدات الحكم المحلية التي تشبع حاجات عامة تعتبر مرافق عامة، لسبب بسيط هو أن الدولة تقوم عادة على إنشاء هذه الأجهزة لتقوم بأنشطة تشبع حاجات أساسية للجماعة.

وبيان ذلك أن تلك الحاجات لو تركت للنشاط الخاص لما أشبعت أبداً، أو لأشبعت بصورة سيئة أو متقطعة ((حاجتها إلى إمكانات مادية وكفاءات فنية لا تتوفر لدى الأفراد، أو لأنها لا تدر عائداً)).

أما الأنشطة التي تقوم بها جهات خاصة، فلا تستهدف عادة إشباع حاجات عامة بصورة مباشرة، وإن كانت تشبع هذه الحاجات عرضاً، كالطبيب الخاص، فهو يسعى إلى الكسب، ويسهم بالتبعية في تقديم الخدمة الصحية إلى مرضاه.

على هذا الأساس لا يجوز في مثل هذه الأنشطة أن يفترض اتجاه نية السلطة العامة إلى أن تجعل منها مرافق عامة، بل يجب أن تظهر هذه النية فعلاً، وهي قد تظهر صراحة عندما يوصف النشاط الخاص بأنه مرفق عام.

وقد تكون الإرادة ضمنية، وتظهر مرة خلال المؤشرات الآتية:

---

[1] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق ص ٤٧٤.

- ويراجع في تفصيل ذلك د. ثروت بدوي: تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، القاهرة، دار النهضة العربية ١٩٦٨ - ١٩٦٩، ص ٦٧ وما بعدها.

أ- أن يكون للجهة الخاصة صلاحية استعمال بعض امتيازات السلطة العامة التي لا يتمتع بها الأفراد كاتخاذ قرارات إدارية ((لائحية أو فردية)) يمكن تنفيذها جبراً ومباشرةً، وفرض رسوم أو التزامات أخرى على الأفراد، والانضمام الإجباري إلى عضويتها، والاستفادة من إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة، والتمتع باحتكار قانوني، وعدم الخضوع لوسائل التنفيذ الجبري، وتحرير محاضر لبعض المخالفات[1].

ب- أن تباشر الدولة دوراً نشطاً في تنظيم المرفق وتشغيله، إذ قد لا تكتفي بالتشجيع والمساعدات المالية والفنية، لكنها تحتفظ تجاهه بالكلمة العليا والإشراف العام، فتراقبه عن كثب، وتعتبر نفسها المسؤولة عنه أمام الجمهور، وإن كانت لا تتدخل في إدارته اليومية، بل تمارس عليه قدراً متيقناً من الوصاية ((تعيين أعضاء مجلس الإدارة، كلهم أو بعضهم، الاعتراض على بعض القرارات - تحديد مقابل الانتفاع، أو وضع حد أقصى له - الحلول محل الجهة الخاصة من إدراج المبالغ المستحقة عليها في ميزانيتها السنوية)).

ج- أن تخضع الجهة الخاصة لقيود استثنائية لا يخضع لها الأفراد كالتزامها بتقديم حاجاتها إلى المواطنين على قدم المساواة، وعلى وجه منتظم، وخضوع العاملين بها للقواعد التي تمنع الإضراب.

ويمكن القول إنه تعتبر قرينة على اتجاه نية السلطة العامة إلى اعتبار نشاط الجهة الخاصة الذي يشبع حاجة عامة، اعتباره مرفقاً عاماً، هو خضوع الجهة الخاصة في تنظيم عملها وتشغيله لنظام قانوني استثنائي، مع ملاحظة أن هذا النظام الاستثنائي على درجات، وليس على درجة واحدة ثابتة وموحدة،

---

(1) د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٤٧٥.

هذا فضلاً عن أن الجهة الخاصة لا تخضع له في كافة جوانبها، وإن منحها بعض امتيازات السلطة العامة، لا يعين استعمالها بالضرورة في جره في ذلك[١].

وتطبيقاً لذلك، فقد يعتبر نشاطاً تقوم به جهة خاصة مرفقاً عاماً دون أن يصدر قانون أو لائحة تسبغ عليه صراحة هذا الوصف، وهو ما يظهر عندما تحتاج مباشرته إلى ترخيص أو عقد، فتقرن جهة الإدارة منح الترخيص بشروط تراها ضرورية لحسن سير النشاط وانتظامه، وهكذا يتحول الترخيص إلى دفتر شروط، ويسمى المرفق في هذه الحال مرفقاً (حكمياً) أو فعلياً، ويخضع للنظام القانوني للمرافق العامة، فيكون للإدارة أن تلغي الترخيص عند مخالفة شروطه، ويخضع النشاط لكافة الواجبات التي يقتضيها حسن سير المرافق العامة، ولو لم يرد بذلك نص في الترخيص[٢].

والمثال الواضح على ذلك هو أن تنشئ وزارة السياحة والطيران المدني فندقاً في مطار القاهرة، وتؤجره إلى إحدى الشركات، وتضمن عقد الإيجار شروطاً تؤمن بها جودة الخدمة واستمرارها، وحسن معاملة النزلاء واعتدال الأسعار، عندئذٍ يمكن القول أن نشاط الفندق مرفق عام.

والأمر نفسه إذا منحت جهة الإدارة رخصة بتسيير سيارة عامة، وقرنتها بضرورة تشغيلها على خط واحد دون غيره، والقيام من محطة الانطلاق في أوقات معينة (كل ساعة)، والوقوف في نقاط معينة ذهاباً وإياباً، وحقها في الكشف على السيارة في مواعيد دورية (كل سنة)، وقيامها باختيار السائق وفحصه طبياً للاطمئنان على لياقته الفنية والصحية، ففي إطار هذه الشروط التي تقترن برخصة تسيير السيارة يمكن القول إن نشاطها ليس نشاطاً خاصاً، بل نشاطاً مرفقياً[٣].

[١و٢] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق ٤٧٧.

[٣] د. عبد الفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٤٧٨.

ولقد أدلى القضاء الإداري في مصر بدلوه في هذا الموضـــوع، واضعـاً بعض الإمارات والأشراط الدالة على حقيقة الشخص، ومـــا إذا كـان عامـاً أم خاصاً، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر فـي ١٩٦٧/١٢/٨، ومن ثم فلا مندوحة – عند غياب النص – من أن يوكل التكييف القانوني للمؤسسات، وهل هي عامة أم لا إلى تقدير القضاء في كل حالة علـى حده، والقضاء في تقديره لكل حالة يستعين بالمقاييس المشار إليها في مجموعها، بوصفها علامات تهدي إلى حقيقة طبيعة المؤسسة، فهو يرجع إلـى النصـوص التشريعية إن وجدت ليتعرف ما إذا كان المشرّع قد أعلن بوضوح إرادته فيمـا يتعلق بطبيعة المؤسسة أم لا، ولا يجتزئ بذلك، بـل يستهدي بـأصل نشـأة المؤسسة، وهل هي من خلق الإدارة، أم من خلق الأفراد، كما يستـأنس بمـدى اختصاصات السلطة العامة التي تتمتع بها المؤسسة، وهل لها مثلاً حق فـرض الضرائب والرسوم أم لا، ويستنير أيضاً بمدى رقابة الإدارة على المؤسسة مـن الناحيتين الإدارية والمالية، ثم يستنبط من كل أولئـك تقديـره لحقيقـة طبيعـة المؤسسة[1].

هكذا نكون قد حددنا المعايير التي تكشف عن وجود المرفق العـام، وإن كان هنالك نقطة أخرى، هي أن وجود المرفق العام لا يعني بالضرورة خضوعه للقانون الإداري.

ذلك أن فكرة المرفق العـام لم تعد تصلح وحدها أساساً قاطعـاً لإنشـاء مبادئ القانـون الإداري، وتحديـد نطـاق تطبيقه، لأن مصلحـــة المرافـق العامة الصناعية والتجارية لا تستلزم في كل الأحـوال إنشـاء قـاعدة إداريـة تحكمها، بل إن قواعد القانون الخاص، قد تكون أكثر ملاءمة لتحقيق أهداف هـذه المرافق.

---

[1] مجموعة السنة الثانية، ص ١٨١.

وعلى هذا فوجود مرفق عام صناعي أو تجاري لا يستتبع حتماً تطبيق مبادئ القانون الإداري، بل يتطلب الأمر البحث عن معيار تكميلي، يرجع إليه في تحديد نطاق تطبيق كل من القانون الإداري والقانون الخاص في دائرة نشاط المرافق العامة الصناعية والتجارية، وهذا المعيار هو معيار السلطة.

وإذا كنا حريصين على توفر فكرة عنصر السلطة، فمن الضروري التركيز على الملاحظتين الآتيتين:

١- لا نوافق على ما ذهب إليه أعضاء السلطة في فرنسا بضرورة أن تكون السلطة الإدارية، قد استخدمت في مباشرة نشاطها وسيلة من وسائل القانون العام التي تختص السلطة العامة وحدها باتخاذها، وأن تكون قد ضمنت العقد الذي تبرمه مع الأفراد شرطاً مغايراً للشروط المعروفة في القانون الخاص.

إذ يكفي لتوافر عنصر السلطة أن يتبين من النصوص القانونية التي أنشأت المرفق أن إرادة المشرّع قد انصرفت إلى إخضاع جزء محدد من نشاط المرفق للقانون الإداري سواء أظهرت هذه الإرادة صريحة في نص بعينه، أم أمكن استخلاصها من مجموع النصوص، ذلك أن ظهور هذه الإرادة معناه أن المشرّع أراد أن يباشر هذا الجزء المحدد من نشاط المرفق بمقتضى ما تملكه الإدارة من امتيازات بوصفها سلطة عامة تتمتع بجزء من سلطان الدولة وسيادتها[1].

فإن تعذر استخلاص إرادة المشرّع من النصوص فإنه يمكن الاستدلال على هذه الإرادة بالرجوع إلى القرائن القانونية.

ويختلف مدلول القرائن بالنسبة للمرافق الإدارية عنه بالنسبة للمرافق الصناعية والتجارية.

---

[1] د. محمد فؤاد مهنا: القانون الإداري والمقارن ج١، السلطة الإدارية، ١٩٥٨، مطبعة نصر، القاهرة، ص ١١٦.

فالمرافق الإدارية يفترض أصلاً أنها تنشأ لتدار بوسائل القانون العام[1].

ويجوز استثناء أن تباشر الإدارة عملاً من الأعمال المتعلقة بهذه المرافق بالوسائل نفسها التي يستخدمها الأفراد، إلاّ أنه في هذه الحال الاستثنائية لا يمكن اعتبار العمل مدنياً يخضع لأحكام القانون الخاص إلاّ إذا ظهرت نية الإدارة من استخدام وسائل القانون الخاص واضحة وجلية[2].

أما المرافق الصناعية والتجارية، فالمفروض أنها تنشأ لتدار في جزء من نشاطها على الأقل بوسائل القانون الخاص، فإذا لم تتبين نية المشرّع بالنسبة لتحديد نطاق تطبيق القانون الخاص والعام، في دائرة نشاط هذه المرافق، فإنه أراد إطلاق الحرية للسلطة الإدارية في استخدام الوسائل التي تراها ملائمة لكل نوع من أنواع النشاط.

وعلى هذا فإن تبين أن السلطة الإدارية اعتمدت في مباشرتها لعمل متعلق بنشاط هذه المرافق على حقوق السلطة كان العمل إدارياً، أما إذا تبين العكس، أو لم يتبين قصد الإدارة أصلاً طبقت أحكام القانون الخاص على أساس أن المفروض أن المرافق الصناعية والتجارية تنشأ أصلاً لتدار بوسائل القانون الخاص[3].

وبذلك فهذا المعيار يختلف عن معيار السلطة لدى أنصار فكرة السلطة في الفقه الفرنسي، ذلك إن أنصار السلطة في فرنسا يرون أن وجود عنصر السلطة في أي عمل أو نشاط تقوم به الإدارة يكفي وحده لكي يصبح النشاط خاضعاً لأحكام القانون الإداري.

---

[1] المرجع السابق، ص ١١٦.

[2] د. مهنا: المرجع السابق، ص ١١٦.

[3] د. مهنا: المرجع السابق، ص ١١٧.

وتبعاً لهذا الاتجاه، فالإدارة تملك حرية الاستفادة من الامتيازات التي يقررها القانون الإداري بإعمال إرادتها وحدها، فإذا رأت أن تتخذ إجراء معين يقيد حقوق الأفراد أو حرياتهم، واستخدمت في القيام به وسائل القانون العام، فإن هذا الإجراء يعتبر لذلك عملاً إدارياً يخضع لأحكام القانون الإداري، ويتمتع بالحصانة المقررة في القانون الإداري للأعمال الإدارية، دون أن تكون سلطة الإدارة مقيدة في كل ذلك بأي قيد سوى ما تفرضه هي على نفسها بإرادتها من قيود.

ولقد عرضنا لوجهة نظر الدكتور ثروت بدوي (في مصر) - وهو من أعضاء السلطة العامة - وانتقدنا إمكان إجراء عقود إدارية على أموال الدولة الخاصة.

وهكذا نكون قد حددنا بصورة حاسمة ودقيقة معيار القانون الإداري وأساسه ومجالات انطباقه، حيث اتخذنا من المرفق العام هدفاً ومناطاً للقانون الإداري، ثم اتخذنا - من هذا المعيار المركب - أساليب القانون الإداري وسيلة لهذا القانون[1]، دون المغالاة والتطرف والاستعانة بمعيار الهدف دون الوسيلة، والعكس، وباستطاعة القارئ أن يزن عقد الإيجار الإداري على ضوء هذا المعيار المركب بعد أن يتبين له أن ذلك العقد ينصب على منفعة شيء مملوك للإدارة، ويتعلق بنشاط المرفق العام، أو ينصب على استخدام المال العام.

وبذلك يستطيع القارئ أن يصوب أحكام الأقضية التي عرضنا لها في هذا البحث، ويبين مدى سلامتها، واتفاقها مع روح القانون الإداري.

---

[1] أخذ بهذا المعيار المركب الدكتور سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، دار المعارف، ط٢، ١٩٦٥، ص ٦٢ وما بعدها. وانظر أيضاً د. محمد كامل ليلة: مبادئ القانون الإداري، الكتاب الأول، ط١ ١٩٦٨ دار النهضة العربية، ص ٩٢.

الفهرس

الموضوع	الصفحة

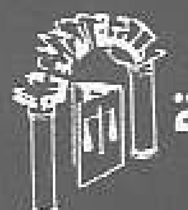
الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

بعونه تعالى

انتهى كتاب عقد الإيجار الإداري





المكتبة القانونية

دمشق ـ حرستا

هاتف ٥٣١٢١٢٠ فاكس ٥٣٢٤٢٨٣

ص.ب ٥٧